

Hilfe zur Erziehung zwischen Leistung und Eingriff

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Ass. iur. Britta Tammen
geboren am 27. November 1965
in Hannover

Gutachter:

1. Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, Friedrich-Schiller-Universität Jena
2. Prof. Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena
3. Prof. Dr. Florian Knauer, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Tag der Disputation: 30. Mai 2017

Hinweis zur Verwendung männlicher und weiblicher Formulierungen

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit an vielen Stellen die männliche Form einer Personengruppe verwandt. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten jedoch gleichermaßen für männliche und weibliche Personen.

Literaturverzeichnis

Adelmann, Nina: Bundesverfassungsgericht schafft „Kindergrundrecht“. Anmerkung zu BVerfG vom 1. April 2008 (1 BvR 1620/04), JAmt 2008, 289 ff.

AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V.: Empfehlung zum Umgang mit § 35a KJHG, Mitgliederrundbrief 2/94, 2

AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V. (Hrsg.), Schrapper, Christian/Mangold, Melanie: Zeitgenössische Positionen des AFET – Allgemeiner Fürsorgeerziehungstag e.V. (bis 1971) und seiner Nachfolger – Arbeitsgemeinschaft für Erziehungshilfe (AFET) sowie AFET – Bundesverband für Erziehungshilfe e.V. – zur Heimerziehung im Zeitraum 1945 bis 1970. Expertise im Auftrag des AFET. Projekt Fürsorgeerziehung der 1950er und 60er Jahre, Universität Koblenz, Hannover 2010

AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V., BVKE e.V., EREV e.V., IGFH: Fragen und Prüfsteine an die SGB VIII Reform und ein inklusives Kinder- und Jugendhilfegesetz. Vorgestellt auf der Fachtagung der Erziehungshilfeschwerpunkte am 14. Juni 2016 in Frankfurt/Main „Vom Kind aus denken?! Inklusives SGB VIII“, Frankfurt am Main 2016

Aich, Prodosh (Hrsg.): Da weitere Verwahrlosung droht ... Fürsorgeerziehung und Verwaltung. Zehn Sozialbiographien aus Behördenakten, Hamburg 1973

Altrogge, Alexandra: Das Kind im Fokus der Betrachtung. Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008, 1 BvR 1620/04, ZKJ 2008, 310 ff.

Altrogge, Alexandra: Das Urteil des BVerfG zur zwangsweisen Durchsetzung der Umgangspflicht und die Ordnungsmittel des FamFG, FPR 2009, 34 ff.

Antes, Wolfgang: Erlebnispädagogik – fundierte Methode oder aktuelle Mode?, ZfJ 1993, 85 ff.

Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“: Abschlussbericht vom 17. November 2006, veröffentlicht unter https://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2010/fachliche_hinweise_stellungnahmen_des_dijuf/Abschlussbericht.pdf (03.10.2016)

Arbeitsstelle Kinder- und Jugendhilfestatistik (AKJStat): Monitor Hilfen zur Erziehung 2014, Dortmund 2014

- Baur, Jörn/Blumenberg, Franz-Jürgen/Engel, Eva-Maria: Implementation und Evaluation Sozialer Gruppenarbeit / Sozialer Trainingskurse mit verhaltensauffälligen / delinquenten Jugendlichen, in: AFET e.V. (Hrsg.), Heft Nr. 62, Hannover 2004
- Becker, Peter: Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, SGB 2003, 664 ff. und 712 ff.
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten: SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 4. Auflage, München 2014
- Beck'scher Online-Kommentar BGB: Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, 40. Edition, München, Stand: 01.11.2015 (zitiert: Bearbeiter/in in BeckOK BGB)
- Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz: Hrsg. Epping, Volker/Hillgruber, Christian, 30. Edition, München, Stand: 01.03.2015 (zitiert: Bearbeiter/in in BeckOK GG)
- Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht: Hrsg. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter, 41. Edition, München, Stand: 01.04.2016 (zitiert: Bearbeiter/in in BeckOK Sozialrecht)
- Beck'scher Online-Kommentar StGB: Hrsg. Heintschel-Heinegg, Bernd von, 31. Edition, München, Stand: 01.06.2016 (zitiert: Bearbeiter/in in BeckOK StGB)
- Berghahn, Sabine: Ehe und Familie in der Verfassungsdiskussion – vom institutionellen zum sozialen Grundrechtsverständnis?, KJ 1993, 397 ff.
- Bergmann, Margarethe: Das Wechselmodell im familiengerichtlichen Verfahren, ZKJ 2013, 489 ff.
- Berlit, Uwe/Conradis, Wolfgang/Sartorius, Ulrich (Hrsg.): Existenzsicherungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2013
- Blandow, Jürgen: Pflegekinder und ihre Familien. Geschichte, Situation und Perspektiven des Pflegekinderwesens, Weinheim/München 2004
- Blasius, Hans/Büchner, Hans: Verwaltungsrechtliche Methodenlehre, Stuttgart 1984
- Buchholz-Schuster, Eckardt: Recht im Spannungsfeld zwischen sozialpädagogischer und juristischer Methodik, ZKJ 2009, 470 ff. und 2010, 17 ff.
- Bullinger, Martin: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, 1001 ff.

- Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter (BAGLJÄ): Empfehlungen für die Gewährung und Verwendung des Barbetrages (Taschengeld) gemäß § 39 Abs. 2 Satz 2 KJHG in Einrichtungen, sonstigen betreuten Wohnformen und bei intensiver sozialpädagogischer Einzelbetreuung, Flehingen/Baden 1994 (zitiert: BAGLJÄ 1994)
- Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter (BAGLJÄ): Diskussionspapier: Das Persönliche Budget (PB) in der Jugendhilfe – beschlossen auf der 106. Arbeitstagung der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter vom 25. bis 27. März 2009 in Halle, München 2009 (zitiert: BAGLJÄ 2009)
- Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter (BAGLJÄ): Empfehlungen – Qualitätsmaßstäbe und Gelingensfaktoren für die Hilfeplanung gemäß § 36 SGB VIII, beschlossen auf der 118. Arbeitstagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter vom 6. bis 8. Mai 2015 in Kiel, Mainz 2015 (zitiert: BAGLJÄ 2015)
- Bundeskonzferenz für Erziehungsberatung e.V.: Unkomplizierte Hilfe auch nach Trennung und Scheidung. Inanspruchnahme von Erziehungsberatung nach § 28 KJHG bei gemeinsamer elterlicher Sorge, ZfJ 2002, 66 (zitiert: bke, ZfJ 2002)
- Bundeskonzferenz für Erziehungsberatung: Erziehungsberatung und Hilfeplanung. Bke-Stellungnahme, Fürth 2006 (zitiert: bke 2006)
- Bundeskonzferenz für Erziehungsberatung: Rechtsgrundlagen der Beratung. Empfehlungen und Hinweise für die Praxis, Fürth 2009 (zitiert: bke 2009)
- Bundeskonzferenz für Erziehungsberatung: Vertrauen und Fachkompetenz als Grundlagen der Zusammenarbeit, Stellungnahme zum DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2011, Seite 134 zur Hilfeplanung nach § 36 Abs. 2 SGB VIII bei Erziehungsberatung „auf längere Zeit“?, JAmt 2011, 128 ff. (zitiert: bke, JAmt 2011)
- Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit (BMJFG) (Hrsg.): Dritter Jugendbericht. Aufgaben und Wirksamkeit der Jugendämter in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1972
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (Hrsg.): Zehnter Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation von Kindern und die Leistungen der Kinderhilfen in Deutschland, BT-Drucks. 13/11368, Bonn 1998

- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (Hrsg.): Qualitätsprodukt Erziehungsberatung. Empfehlungen zu Leistungen, Qualitätsmerkmalen und Kennziffern, Düsseldorf 1999
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (Hrsg.): Fakten und Empfehlungen zu den Neuregelungen in der Kindertagespflege vom 07. April 2009, Berlin 2009
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (Hrsg.): 14. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation von Kindern und die Bestrebungen und Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, Berlin 2013
- Bürgerbeauftragter des Landes Mecklenburg-Vorpommern: 17. Bericht des Bürgerbeauftragten gemäß § 8 Absatz 7 des Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetz – PetBüG M-V) für das Jahr 2011, LT-Drucks. 6/558
- Bürgerbeauftragter des Landes Mecklenburg-Vorpommern: 18. Bericht des Bürgerbeauftragten gemäß § 8 Absatz 7 des Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetz – PetBüG M-V) für das Jahr 2012, LT-Drucks. 6/1726
- Bürgerbeauftragter des Landes Mecklenburg-Vorpommern: 19. Bericht des Bürgerbeauftragten gemäß § 8 Absatz 7 des Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetz – PetBüG M-V) für das Jahr 2013, LT-Drucks. 6/2866
- Bürgerbeauftragter des Landes Mecklenburg-Vorpommern: 21. Bericht des Bürgerbeauftragten gemäß § 8 Absatz 7 des Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Petitions- und Bürgerbeauftragtengesetz – PetBüG M-V) für das Jahr 2015, LT-Drucks. 6/5290
- Büte, Dieter: Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FuR 2008, 361 ff.
- Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien/New York 1991
- Bydlinski, Franz: Grundzüge der juristischen Methodenlehre. Bearbeitet von Peter Bydlinski, 2. Auflage, Wien 2012

- Coester, Michael. Das Kindeswohl als Rechtsbegriff: Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Frankfurt am Main 1983
- Coester, Michael: Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Referat, gehalten beim Sechsten Deutschen Familiengerichtstag vom 9. bis 12. Oktober 1985 in Brühl, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 4, Hrsg. Deutscher Familiengerichtstags e.V., Bielefeld 1985
- Coester, Michael: Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, FamRZ 1991, 253 ff.
- Coester, Michael: Inhalt und Funktionen des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition, in: Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, Hrsg. Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara, Göttingen 2008, 19 ff.
- Council of Europe: Equality and shared parental responsibility: the role of fathers. Resolution 2079, Strasbourg 2015
- Council of Europe: Equality and shared parental responsibility: the role of fathers. Report, Doc. 13870, Strasbourg 2015
- Czerner, Frank: Optimierung des staatlichen Schutzauftrags bei (vermuteter) Kindeswohlgefährdung durch die Novellierungsgesetze vom KICK (01.10.2005) bis zum BKiSchG (01.01.2012)?, ZKJ 2012, 246 ff. und 301 ff.
- Cremer, Hendrik: Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2011
- Dechêne, Hans Christian: Verwahrlosung und Delinquenz: Profil einer Kriminalpsychologie, München 1975
- Denninger, Erhard: Jugendfürsorge und Grundgesetz, KJ 1969, 379 ff.
- Dethloff, Nina/Maschwitz, Alexandra: Kinderrechte in Europa – wo stehen wir?, FPR 2012, 190 ff.
- Deutscher Familiengerichtstags e.V., Kinderrechtekommission: Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, Brühl 2014; veröffentlicht zudem in FamRZ 2014, 1157 ff. (zitiert: DFGT 2014)

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: Empfehlungen zur Hilfeplanung nach § 36 KJHG – Vorbereitungen und Erstellung eines Hilfeplans –, NDV 1994, 317 ff. (zitiert DV, NDV 1994)

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts reicht nicht aus, um gegen den Willen der personensorgeberechtigten Eltern einem Minderjährigen Hilfe zur Erziehung in einem Heim oder einer Pflegestelle zu leisten. Gutachten vom 26.04.1994 – G 100/92 –, NDV 1995, 168 ff. (zitiert: DV, NDV 1995)

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Hilfeplanung nach § 36 KJHG, NDV 1996, 74 ff. (zitiert DV, NDV 1996)

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Weiterentwicklung der Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, NDV 2006, 343 ff. (zitiert DV, NDV 2006)

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Rechtsschutzmöglichkeiten einer Pflegeperson gegen die Einstellung einer Hilfe zur Erziehung nach §§ 27, 33 SGB VIII. Rechtsgutachten J 3.310 My, JAmt 2001, 35 ff.

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Anspruchsberechtigung für finanzielle Leistungen nach § 39 SGB VIII im Rahmen von Vollzeitpflegeverhältnissen; Differenzierung zwischen notwendiger Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen in Form von laufenden sowie einmaligen Leistungen und sog. Pflegegeld. Rechtsgutachten J 3.310 My, JAmt 2003, 581

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis der Pflegeeltern in Bezug auf Leistungen nach § 39 SGB VIII. Rechtsgutachten J 3.310 My, JAmt 2004, 184 f.

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Gutachten des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e.V. vom 18. Januar 2007 im Auftrag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. zur Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung und zu einer angemessenen Alterssicherung bei allgemeiner Familienpflege (§ 39 Abs. 4 S. 2 SGB VIII), Heidelberg 2007

- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Inanspruchnahme von Sozialpädagogischer Familienhilfe als Angelegenheit von grundsätzlicher Bedeutung nach § 1687 Abs. 1 BGB; örtliche Zuständigkeit für das bislang von der Hilfe ausgenommene jüngste Kind. Rechtsgutachten J 8.110 Kü, JAmt 2007, 351
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Rechtsfragen von Sorgerechtsvollmachten. Rechtsgutachten V 1.100 Ho, JAmt 2011, 82
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Hilfeplanverfahren nach § 36 Abs. 2 SGB VIII bei Erziehungsberatung „auf längere Zeit“? Rechtsgutachten J 4.111 LS, JAmt 2011, 134 ff.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Zur Frage der Kostenübernahme im Rahmen der Krankenhilfe nach § 40 SGB VIII für eine kieferorthopädische Behandlung. Rechtsgutachten J 4.450 Gö, JAmt 2011, 580 ff.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Anforderungen an die Antragstellung/Willensbekundung des Personensorgeberechtigten bei ambulanten und stationären Hilfen zur Erziehung; Rechtmäßigkeit der Hilfe ohne Einverständnis des anderen Elternteils, Rechtsgutachten J 4.110 DE, JAmt 2012, 313 f.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Beteiligtenstellung von Pflegepersonen in der Hilfeplanung und im Verwaltungsverfahren zur (Neu-)Bemessung der Pflegegeldleistungen. Rechtsgutachten S 1.200 LS, JAmt 2013, 188 ff.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Erteilen von Vollmachten zur Ausübung von Befugnissen aus der elterlichen Sorge bei gemeinsamer elterlicher Sorge. Rechtsgutachten V 1.100 Ho, JAmt 2013, 517 f.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF), Lohse, Katharina: Sorgerechtliche Befugnisse bei Getrenntleben der Eltern, Themengutachten TG-1058, Heidelberg 2015 (zitiert: DIJuF 2015)
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF), Seltmann, David: Absicherung und Versorgung im Krankheitsfall – Schnittstellen von Krankenhilfe (§ 40 SGB VIII) und Krankenversicherung, Themengutachten TG-1015, Heidelberg 2015 (zitiert: DIJuF 2015a)

- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF), Seltmann, David: Absicherung und Versorgung im Krankheitsfall – Voraussetzungen und Umfang von Krankenhilfe als Annexleistung (§ 40 SGB VIII), Themengutachten TG-1126, Heidelberg 2015 (zitiert: DIJuF 2015b)
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Einverständnis in eine Hilfe zur Erziehung beim Bestehen einer Sorgerechtsvollmacht für Hilfen zur Erziehung. Rechtsgutachten J 8.100 Ho, JAmt 2015, 33 f.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF): Voraussetzungen einer Sorgerechtsvollmacht als Alternative zu einem (teilweisen) Sorgerechtsentzug; Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil bei Entzug der elterlichen Sorge. Rechtsgutachten V 1.100 Ho, JAmt 2016, 82 ff.
- Deutsches Institut für Vormundtschaftswesen e.V. (DIV): Anspruch auf Jugendhilfe bei Verwandtenpflege – Vollzeitpflege durch Großeltern als Vormund – § 33, 38 KJHG. Gutachten, DAVorm 1995, 336 f.
- Deutsches Institut für Vormundtschaftswesen e.V. (DIV): Befugnisse des Ergänzungspflegers. Gutachten, DAVorm 1997, 393 ff.
- Deutsches Rotes Kreuz e.V. (Hrsg.): Sprachmittlung als Teil der Leistungen in der Kinder- und Jugendhilfe – Rechtsexpertise von Professor Dr. iur. Johannes Münder, Berlin 2016 (zitiert: DRK 2016)
- Eichenhofer, Eberhard: Das neue Kinder- und Jugendhilferecht, JuS 1992, 279 ff.
- Eichenhofer, Eberhard: Krankheit und Behandlungsbedürftigkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, SGB 1994, 501 ff.
- Eichenhofer, Eberhard: Das Recht auf Soziale Dienste, in: Fortschritt durch Recht, Festschrift für Johannes Münder zum sechzigsten Geburtstag, Hrsg. Sozialpädagogisches Institut des SOS-Kinderdorf e.V., München 2004, 168 ff.
- Eichholz, Reinald: Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention. Konsequenzen für die bundesdeutsche Praxis, IzKK-Nachrichten 2009-1, 12 ff.

- Erdélyi, Paul: § 35a SGB VIII. Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche, Vortrag, gehalten am 31.08.2000 vor dem Jugendhilfeausschuss des Kreises Coesfeld für den Landschaftsverband Westfalen-Lippe – Landesjugendamt, aktualisiert nach Inkrafttreten des SGB IX. Vortragsmanuskript unter http://www.lwl.org/lja-download/pdf/Eingliederungshilfe_fuer_seelisch_beh_j_Menschen_35a.pdf (03.10.2016)
- Fegert, Jörg Michael: Die Bedeutung der Eingliederungshilfe für die Integration seelisch behinderter Kinder unter besonderer Berücksichtigung der Kindperspektive, in: Integration von Kindern mit Behinderungen. Seelische, geistige und körperliche Behinderung. Materialien zum Zehnten Kinder- und Jugendbericht, Band 4, Hrsg. Sachverständigenkommission Zehnter Kinder- und Jugendbericht, Fegert, Jörg Michael/Frühauf, Theo, München 1999, 9 ff.
- Fegert, Jörg Michael: Bessere Teilhabe durch Integration unter einem gemeinsamen Dach. Ein Beitrag zur geplanten Verabschiedung eines SGB IX, ZfJ 2000, 441 ff.
- Fellenberg, Barbara: Die Anordnung von Maßnahmen durch das Familiengericht nach § 1666 BGB versus Entscheidungskompetenz des Jugendamts, in: Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, Hrsg. Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara, Göttingen 2008, 66 ff.
- Fellenberg, Barbara: Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FPR 2008, 125 ff.
- Fieseler, Gerhard/Busch, Manfred: Vollzeitpflege – Sicherstellung des notwendigen Unterhalts („Pflegegeld“), FPR 2004, 448 ff.
- Fieseler, Gerhardt/Schleicher, Hans/Busch, Manfred/Wabnitz, Reinhard (Hrsg.): GK-SGB VIII, Kinder- und Jugendhilferecht, Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, Loseblatt, Neuwied, Stand: Dezember 2015 (zitiert: Bearbeiter/in in GK-SGB VIII)
- Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 3: Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976
- Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 4: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977
- Finke, Fritz: Rechtliche Grundlagen und Ausgestaltung der Kindesbetreuung durch Eltern und Dritte, NZFam 2014, 865 ff.

- Fischer, Lothar/Mann, Horst: Zur Kostentragung bei der selbstorganisierten Tages- und Vollzeitpflege unter Berücksichtigung der Verwandtenpflege – Besprechung der Urteile des BVerwG vom 12-09-1996 (5 C 31/95 und 5 C 37/95) sowie vom 05-12-1996 (5 C 51/95) – Teil 1, FuR 1998, 201 ff.
- Fricke, Astrid: Der Sorgerechtsentzug und die Folgen: Zur Mitwirkung des Amtsvormunds/Amtspflegers bei der Hilfe zur Erziehung nach dem KJHG, ZfJ 1993, 284 ff.
- Friedeberg, Edmund/Polligkeit, Wilhelm/Giese, Dieter: Das Gesetz für Jugendwohlfahrt, Kommentar, 3. Auflage, Köln u.a. 1972
- Frings, Peter: „Kontrollaufträge“ in der Jugendhilfe oder das Ende des Hilfedankens im SGB VIII? Eine Auseinandersetzung am Beispiel der Sozialpädagogischen Familienhilfe nach § 31 SGB VIII, JAmt 2008, 461 ff.
- Gottlieb, Heinz-Dieter: Vereinheitlichungsaspekte bei den sozialrechtlichen Schiedsstellen nach §§ 78g SGB VIII, 76 SGB XI und 80 SGB XII, Sozialrecht aktuell 2012, 151 ff.
- Groß, Gerlinde: Die Stellung der Pflegeeltern im Grundgesetz und im Zivilrecht, FPR 2004, 411 ff.
- Grube, Christian: Förderung von Kindern in Tagespflege nach § 23 SGB VIII, ZfJ 1997, 361 ff.
- Hansen, Kirsten-Pia: Leistungsverpflichtungen und Leistungsansprüche aus dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG), Jugendhilfe 1991, 290 ff.
- Happ, Michael: Wirtschaftliche Hilfe zur Erziehung und Unterhaltspflicht der Großeltern. Besprechung von BVerwG, Urt. v. 12. 9. 1996 – 5 C 31–95, NJW 1997, 2831, NJW 1998, 2409 ff.
- Happ, Michael: Wirtschaftliche Hilfe zur Erziehung und Unterhaltspflicht der Großeltern, NDV 1998, 340 ff.
- Harnach-Beck, Viola: Psychosoziale Diagnostik bei Hilfen zur Erziehung, ZfJ 1995, 484 ff.
- Harnach-Beck, Viola: Seelische Behinderung – was ist das?, Sozialmagazin 1996, 20 ff.
- Hasenclever, Christa: Jugendhilfe und Jugendgesetzgebung seit 1900, Göttingen 1978

- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), Stähr, Axel (Bandherausgeber): SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe. Grundwerk mit Ergänzungslieferung 2/15, Berlin, Stand: 2015 (zitiert: Bearbeiter/in in Hauck/Noftz SGB VIII)
- Heiß, Beate/Heiß, Hans/Kunz, Annette/Zinke, Kerstin: Familienrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (Zitiert: Bearbeiter/in in Heiß u.a.)
- Heiß, Thomas Alexander: Elternrechte contra Kinderrechte? Die Stellung von Eltern und Kind in der Judikatur des BVerfG, NZFam 2015, 491 ff.
- Heiß, Thomas Alexander: Elternrechte contra Kinderrechte? Paradigmenwechsel in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG?, NZFam 2015, 532 ff.
- Helmke, Mathias: Der Tatbestand der Verwahrlosung in seiner Darstellung durch die neuere empirisch-humanwissenschaftliche Forschung, Heidelberg 1978
- Herwig-Lempp, Johannes: Hilfen zur Erziehung als Aushandlungsprozess, Jugendhilfe 2006, 18 ff.
- Heßler, Manfred: Vermeidung von Untersuchungshaft bei Jugendlichen. Zielsetzungen und Konflikte, Mönchengladbach 2001
- Hinrichs, Knut: Selbstbeschaffung im Jugendhilferecht, Frankfurt am Main 2003
- Hoffmann, Birgit: Vollmacht/Ermächtigung zur Ausübung von Befugnissen aus der elterlichen Sorge, ZKJ 2009, 156 ff.
- Hoffmann, Birgit: Sorgerechtsvollmacht als Alternative zur Vormund-/Pflegschaft des Jugendamts, FamRZ 2011, 1544 ff.
- Hoffmann, Birgit: Sorgerechtsvollmacht als Alternative zu Eingriffen in die elterliche Sorge in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, JAmt 2015, 6 ff.
- Hoffmann, Josef: Zur Problematik von SGB VIII-Normen als Produkten symbolischer Gesetzgebung, VSSR 1998, 67 ff.
- Hoffmann, Peter: Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg vom 26.3.1997 – 4 L 7121/96, FamRZ 1998, 708 f.
- Hofgesang, Birgit: Sozialpädagogische Familienhilfe, in: Handbuch der Sozialarbeit/ Sozialpädagogik, Hrsg. Otto, Hans-Uwe/Thiersch, Hans, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel 2001, 529 ff.
- Huber, Peter/Scherer, Holger: Die Neuregelung zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung, FamRZ 2001, 797 ff.

-
- Iben, Gerhard: Von der Schutzaufsicht zur Erziehungsbeistandschaft: Idee und Wirklichkeit einer sozialpädagogischen Maßnahme, Weinheim/Basel 1967
- Internationale Gesellschaft für erzieherische Hilfen e.V.: Tagesgruppe – wirksame Förderung im Spektrum der Erziehungshilfe. Stellungnahme, Frankfurt am Main 2012 (zitiert: IGFH 2012)
- ISA Planung und Entwicklung GmbH (Hrsg.): Wirkungsorientierte Jugendhilfe. Band 9 – Praxishilfe zur wirkungsorientierten Qualifizierung der Hilfen zur Erziehung, Münster 2009
- ISA Planung und Entwicklung GmbH (Hrsg.): Wirkungsorientierte Jugendhilfe. Abschlussbericht der Evaluation des Bundesmodellprogramms „Qualifizierung der Hilfen zur Erziehung durch wirkungsorientierte Ausgestaltung der Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsvereinbarungen nach §§ 78a ff. SGB VIII“, Münster 2010
- Jans, Karl-Wilhelm/Happe, Günter: Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, Köln 1963
- Jans, Karl-Wilhelm/Happe, Günter/Saubier, Helmut/Maas, Udo (Hrsg.): Kinder- und Jugendhilferecht, Kommentar, Köln, Stand: Januar 2015 (zitiert: Bearbeiter/in in Jans u.a.)
- Jarras, Hans D.: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Auflage, München 2013
- Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, Hrsg. Stürmer, Rolf, 16. Auflage, München, 2015
- Jeand'Heur, Bernd: Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, Berlin 1993
- Jestaedt, Matthias: Staatlicher Kindesschutz unter dem Grundgesetz – Aktuelle Kindesschutzmaßnahmen auf dem Prüfstand der Verfassung, in: Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, Hrsg. Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara, Göttingen 2008, 5 ff.
- Jestaedt, Matthias: Elternpflicht als Kindesrecht? Jugendhilferecht am verfassungsrechtlichen Scheideweg, JAmt 2010, Gemeinsames Sonderheft mit ZKJ, 32 ff.

- Jordan Erwin/Sengling, Dieter: Jugendhilfe. Einführung in die Geschichte und Handlungsfelder, Organisationsformen und gesellschaftliche Problemlagen, 2. Auflage, Weinheim/München 1992
- Jung, Hans-Peter (Hrsg.): SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 2. Auflage, Freiburg 2008
- Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Friederici, Peter/Schilling, Roger (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, Band 4: Familienrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2014 (Zitiert: Bearbeiter/in in Kaiser u.a.)
- Kaiser, Florian: § 30 SGB VIII: Erziehungsbeistand und Betreuungshelfer, in: Handbuch der Hilfen zur Erziehung, Hrsg. Macsenaere, Michael/Esner, Klaus/Knab, Eckhart/Hiller, Stephan, Freiburg im Breisgau 2014, 103 ff.
- Kaiser, Günther: Gesellschaft, Jugend und Recht: System, Träger und Handlungsstile der Jugendkontrolle, Weinheim/Basel 1977
- Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht: Hrsg. Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd, München, Stand: 89. EL März 2016 (zitiert: Bearbeiter/in in KassKomm)
- Kemper, Roland: Normzweck des Paragraph 27 KJHG (Hilfe zur Erziehung), ZfJ 1993, 574 ff.
- Kemper, Roland: Anmerkung zu VG Arnsberg, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94 – FamRZ 1997, 1373, FamRZ 1998, 328
- Kepert, Jan: Die Hilfe zur Erziehung gemäß §§ 27 f. SGB VIII – Wird die Hilfe durch einen Dauerverwaltungsakt bewilligt und ist eine Befristung der Hilfe zulässig?, SozR aktuell 2016, 52 ff.
- Kiehl, Walter H.: Die Rechtsstellung Minderjähriger und Sorgeberechtigter im neuen Kinder- und Jugendhilfegesetz: Kinder- und Jugendhilfegesetz-Entwurf der Bundesregierung, ZRP 1990, 94 ff.
- Kindler Heinz/Helming Elisabeth/ Meysen Thomas/Jurczyk Karin (Hrsg.): Handbuch Pflegekinderhilfe, Deutsches Jugendinstitut e.V., München 2010 (zitiert: Bearbeiter/in in Kindler u.a.)
- Klatt, Matthias: Die Wortlautgrenze, in: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Bd. 2., Hrsg. Lerch, Kent D., Berlin 2005, 343 ff.

-
- Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Raimund: Kommentar zum Sozialrecht, 4. Auflage, München 2015
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut: Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- Koritz, Nikola: Kinderrechte im Konflikt ihrer Eltern. Die Gefahr in Streitzeiten die Rechte der Kinder zu missachten, FPR 2012, 212 ff.
- Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar: Hrsg. Wagner, Regine/Knittel, Stefan, München, Stand: 91. EL, März 2016
- Kreft, Dieter/Lukas, Helmut: Perspektivenwandel der Jugendhilfe, 2 Bände, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1993
- Kreft, Dieter/Mielenz, Ingrid: Wörterbuch Soziale Arbeit, 4. Auflage, Weinheim/Basel 1996
- Kreichelt, Dieter: Zur Praxis der Eingliederungshilfen nach § 35a SGB VIII in Brandenburg, ZfJ 2001, 143 ff. und 179 ff.
- Künast, Renate: Kinderrechte in die Verfassung! Wie sonst?, FPR 2008, 478 ff.
- Kunkel, Peter-Christian: Leistungsverpflichtungen und Rechtsansprüche im Kinder- und Jugendhilfegesetz, insbesondere die Hilfe zur Erziehung, ZfJ 1991, 145 ff.
- Kunkel, Peter-Christian: Wer ist aktivlegitimiert für die Hilfe zur Erziehung?: eine Erwiderung auf den Beitrag von Paul „Gedanken zur Hilfe zur Erziehung" in ZfF 1994 S. 76, ZfF, 1995, 7 f.
- Kunkel, Peter-Christian: Wider einen „Perspektivenwechsel" in der Jugendhilfe, FamRZ 1997, 193 ff.
- Kunkel, Peter-Christian: Jugendhilfe bei Legasthenie?, ZfJ 1997, 315 ff.
- Kunkel, Peter-Christian: Rechtsfragen der Hilfe zur Erziehung und des Hilfeplanungsverfahrens, ZfJ 1998, 205 ff. und 250 ff.
- Kunkel, Peter-Christian: Das Weisungsrecht des öffentlichen Trägers bei Hilfe zur Erziehung, ZfJ, 2000, 60 ff.
- Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.): Sozialgesetzbuch VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: Bearbeiter/in in LPK-SGB VIII)

-
- Laffert, Lisa von: Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen – Unter besonderer Berücksichtigung der Schiedsstellen nach den §§ 76 SGB XI und 80 SGB XII, Hamburg 2006.
- Lakies, Thomas: Probleme des Jugendhilferechts im System des Sozialgesetzbuchs, ZfJ 1996, 451 ff.
- Lakies, Thomas: Vollzeitpflege bei Großeltern – Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 12.09.1996, Jugendhilfe 1997, 371 ff.
- Lakies, Thomas: Nochmals: Missverständnisse in der Jugendhilfe – Ergänzungen zur Diskussion um den Aushandlungsprozess, NDV 1997, 217 ff.
- Landesjugendamt Landschaftsverband Rheinland (LVR): Arbeitshilfe und Empfehlungen zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses im Pflegekinderwesen, Köln 2005 (zitiert: LVR 2005)
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/ Heidelberg/ New York, 1991
- Maas, Udo: Leistungen der Jugendhilfe als Sozialleistungen, NDV 1993, 465 ff.
- Maas, Udo: Der Hilfeplan nach § 36 KJHG und das jugendhilferechtliche Verwaltungsverfahren, ZfJ 1996, 113 ff.
- Maas, Udo: Das missverstandene KJHG. Privatisierung der öffentlichen Jugendhilfe als „Neue Fachlichkeit“: Kein Auftrag, keine Verantwortung – keine Kompetenz?, ZfJ 1997, 70 ff.
- Maas, Udo: Probleme der Konkretisierung der Hilfe zur Erziehung als jugendhilferechtlicher Individualleistung, RsDE 25, 1 ff.
- Maas, Udo: Hilfe zur Erziehung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen, RsDE 39, 1 ff.
- Mach-Hour, Elisabeth: Wechselmodell wider Willen? Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.11.2013 – 5 UF 27/13, NZFam 2014, 282
- Mann, Matthias: Entscheidungszwang der Justiz im Spannungsverhältnis zur familienorientierten Konfliktmoderation der Jugendhilfe, ZfJ 1995, 307 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.): Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. Herzog, Roman/Scholz, Rupert, u. a., München, Stand: 77. EL Juli 2016 (zitiert: Bearbeiter/in in Maunz/Dürig, GG)

- Maywald, Jörg: Die UN-Kinderrechtskonvention. Ihr Umsetzungsstand in Deutschland im Bereich des Kinderschutzes, IzKK-Nachrichten 2009-1, 4 ff.
- Maywald, Jörg: Zum Begriff des Kindeswohls. Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention, IzKK-Nachrichten 2009-1, 16 ff.
- Menne, Klaus: Erziehungsberatung und gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung, ZfJ 2001, 217 ff.
- Merchel, Joachim: Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz – hat offensive Jugendhilfe noch eine Chance?: Jugendhilfe zwischen gesellschaftlicher Randständigkeit, Interessenvertretungsanspruch und Konzipierung als pädagogische Familienhilfe, BdW 1990, 313 ff.
- Meysen, Thomas: Familiengerichtliche Anordnung von Maßnahmen nach § 1666 BGB und Entscheidungskompetenz des Jugendamts – Aus Perspektive der Jugendhilfe –, in: Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, Hrsg. Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara, Göttingen 2008, 75 ff.
- Meysen, Thomas: Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – Geändertes Recht ab Sommer 2008, JAmt 2008, 233 ff.
- Meysen, Thomas: Neuerungen im zivilrechtlichen Kinderschutz, NJW 2008, 2673 ff.
- Meysen, Thomas/Beckmann, Janna/Reiß, Daniela/Schindler, Gila: Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Rechtlicher Rahmen und Perspektiven im SGB VIII, Baden-Baden 2014
- Ministerium für Bildung, Jugend und Sport im Land Brandenburg: Empfehlungen des Landes Brandenburg zum Verhältnis der Hilfen zur Erziehung zu den Eingliederungshilfen gemäß § 35a vom 28.2.1995, Forum Erziehungshilfen 1995, 92 f. (zitiert: MBS BB, Forum Erziehungshilfen 1995)
- Moch, Matthias: Hilfen zur Erziehung, in: Handbuch der Sozialarbeit/Sozialpädagogik, Hrsg. Otto, Hans-Uwe/Thiersch, Hans, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 2014, 619 ff.
- Mrozynski, Peter: Die selbstbeschaffte Sozialleistung, SGB 1987, 404 ff.
- Mrozynski, Peter: Die materiellen Kriterien des Einrichtungsbegriffs im Kinder- und Jugendhilfe- sowie im Sozialhilferecht, ZfJ 1994, 145 ff.
- Mrozynski, Peter: Der Rechtsanspruch auf Leistungen im Kinder- und Jugendhilferecht, ZfJ 1999, 403 ff.

- Mrozynski, Peter: Die Feststellung des erzieherischen Bedarfs bei den Hilfen zur Erziehung als materiell- und verfahrensrechtliches Problem, ZfJ 1999, 467 ff.
- Mrozynski, Peter: Die Aufgaben der Jugendhilfe bei der Sicherung des Schulerfolgs durch Hilfen zur Erziehung und Eingliederungshilfe, ZfJ 2000, 251 ff.
- Mrozynski, Peter: SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 4. Auflage, München 2009
- Mrozynski, Peter: SGB I. Allgemeiner Teil, Kommentar, 5. Auflage, München 2014
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Hrsg. Sacke, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II (§§ 601-704), 6. Auflage, München 2012 (zitiert: Bearbeiter/in in MünchKomm BGB)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Hrsg. Sacke, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, Band 8: Familienrecht II (§§ 1589-1921), SGB VIII, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: Bearbeiter/in in MünchKomm BGB)
- Münder, Johannes: Das Recht des Minderjährigen auf Erziehung im Jugendwohlfahrtsgesetz, TuP 1977, 214 ff.
- Münder, Johannes: Hilfe zur Erziehung nach dem JWG: Rechtsfragen aus den Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, RsDE 5, 1 ff.
- Münder, Johannes: Das neue Jugendhilferecht, Münster 1991
- Münder, Johannes: Ansprüche auf Leistungen im Jugendhilferecht, ZfJ 1991, 285 ff.
- Münder, Johannes: Einführung in das Kinder- und Jugendhilferecht, Münster 1996
- Münder, Johannes: Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten in der Jugendhilfe, RsDE 38, 55 ff.
- Münder, Johannes: Familien- und Jugendhilferecht, Band 1, Familienrecht, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 1999
- Münder, Johannes: Familien- und Jugendhilferecht, Band 2, Kinder- und Jugendhilferecht, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 2000
- Münder, Johannes: Hilfe zur Erziehung für die Eltern oder Rechtsanspruch des Kindes? JAmt 2010, Gemeinsames Sonderheft mit ZKJ, 31 f.
- Münder, Johannes u.a.: Frankfurter Kommentar zum Gesetz für Jugendwohlfahrt, Weinheim/Basel 1978 (zitiert: Münder u.a. FK JWG 1978)

-
- Münder, Johannes u.a.: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 3. Auflage, Münster 1998
- Münder, Johannes u.a.: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 5. Auflage, Weinheim/München 2006
- Münder, Johannes/Ernst, Rüdiger/Behlert, Wolfgang: Familienrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2013
- Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Auflage, Baden-Baden 2013 (zitiert: Bearbeiter/in in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013)
- Münder, Johannes/Mutke, Barbara/Schone, Reinhold: Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, Weinheim/Berlin/Basel 2000
- Münder, Johannes/Tammen, Britta: Einführung in das KJHG, 3. Auflage, Münster 2002
- Münder, Johannes/Trenczek, Thomas: Kinder- und Jugendhilferecht, 8. Auflage, Baden-Baden 2015
- Münder, Johannes/Wiesner, Reinhard/Meysen, Thomas (Hrsg.): Kinder- und Jugendhilferecht, Handbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2011 (zit. Bearbeiter/in in Münder/Wiesner/Meysen 2011)
- Neumann, Volker: Subventionen oder Leistungsentgelte? – Drei Anmerkungen zum Leistungserbringungsrecht des SGB VIII, RsDE 31, 42 ff.
- Niedersächsisches Landesamt für Soziales, Jugend und Familie: Handreichung zum § 35a SGB VIII, Hannover 2012
- Niehues, Norbert: Die Bindungswirkung und Umsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1997, 557 ff.
- Nix, Christoph: Die Pflicht des Jugendhilfeträgers zur Übernahme von Kinderhortbeiträgen im Rahmen der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII, ZfJ 1991, 606 f.
- Nothhafft, Susanne: Verantwortungsgemeinschaft zwischen Familiengerichten und Trägern der öffentlichen Jugendhilfe in kindschaftsrechtlichen Verfahren – Ein Spannungsfeld zwischen „Steuerungsverantwortung der Jugendämter“ und „Hilfeplanung durch Familiengerichte“, FPR 2008, 613 ff.
- Oberloskamp, Helga: Die rechtliche Stellung von Kindern und Jugendlichen nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts, ZfJ 1990, 260 ff.

- Oberloskamp, Helga: Die Zusammenarbeit von Vormundsschafts-/ Familiengericht und Jugendamt, FamRZ 1992, 1241 ff.
- Oberloskamp, Helga: Das Jugendamt zwischen Hilfe und Kontrolle – neue Herausforderungen für die Jugendhilfe?, in: Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege? 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, Hrsg. Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara, Göttingen 2008, 45 ff.
- Oehlmann-Austermann, Alfred: § 5 SGB VIII – Wunsch- und Wahlrecht (Selbstbeschaffung) ohne Grenzen?, ZfJ 1997, 455 ff.
- Ollmann, Rainer: Eltern, Kind und Staat in der Jugendhilfe, FamRZ 1992, 388 ff.
- Ollmann, Rainer: Fachkompetenz und Beurteilungsspielraum, ZfJ 1995, 45 ff.
- Ollmann, Rainer: Meinungsverschiedenheiten zwischen minderjähriger Mutter und Vormund, JAmt 2003, 572 ff.
- Paul, Reinhard: Gedanken zur Hilfe zur Erziehung: Diskussionsbeitrag – wer ist anspruchsberechtigt? Wem ist die Hilfe zu gewähren?, ZfF 1994, 76 ff.
- Paul, Reinhard: Gedanken zur Hilfe zur Erziehung – Teil 2: und Erwiderung auf den Beitrag von Kunkel „wer ist aktivlegitimiert für die Hilfe zur Erziehung?“ in ZfF 1995 S. 7, ZfF 1995, 8 ff.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz. Anmerkungen zur ablehnenden Haltung der Gemeinsamen Verfassungskommission, RdJB 1994, 491 ff.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Umgangspflicht – Eine Naturalobligation?, NJW 2008, 1922 ff.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Zur Geschichte der Kinderrechte, FPR 2008, 471 ff.
- Pfordten, Dietmar von der: Expertise zu Rechtsfragen der Heimerziehung der 50er und 60er Jahre, Gutachten im Auftrag des „Runden Tisch Heimerziehung“, Göttingen 2010
- Preis, Ulrich: Eine notwendige Reform ohne sozialpädagogischen Fortschritt, ZRP 1990, 90 ff.
- Preis, Ulrich: Perspektivenwechsel – grundsätzliche Anmerkungen zum neuen Kinder- und Jugendhilfegesetz, in: KJHG – Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz und Länderausführungsbestimmungen. Kommentare & Dokumente, Schriftenreihe des Deutschen Bundesjugendrings, Bonn 1990, 14 ff.

- Redeker, Konrad: Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, 305 ff.
- Richter, Martina: Familienhilfe, in: Handbuch der Sozialarbeit/Sozialpädagogik, Hrsg. Otto, Hans-Uwe/Thiersch, Hans, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 2014, 387 ff.
- Riedel, Hermann: Jugendwohlfahrtsgesetz erläutert für den Bereich der Deutschen Bundesrepublik, Berlin/München 1952
- Riedel, Hermann: Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Berlin 1965
- Röchling, Walter: Vormundschaftsgerichtliches Eingriffsrecht und KJHG: unter besonderer Berücksichtigung der „öffentlichen Hilfen“ nach § 1666a Abs. 1 BGB, Neuwied/Kriftel/Berlin 1997
- Röchling, Walter: Anspruchsinhaberschaft bei der Hilfe zur Erziehung, Jugendhilfe 1999, 335 ff.
- Röchling, Walter: Anmerkungen zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ v. 17.11.2006, FamRZ 2007, 431 ff.
- Röchling, Walter: Neue Aspekte zu Kinderschutz und Kindeswohl? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, FamRZ 2007, 1775 ff.
- Rüthers, Bernd: Rechtstheorie, 4. Auflage, München 2008
- Salgo, Ludwig: Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung als Regelfall – ein Zwischenruf, FamRZ 1996, 449
- Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840
- Schadendorf, Sarah: Die UN-Menschenrechtsverträge im Grundrechtsgefüge der Europäischen Union, EuR 2015, 28 ff.
- Schellhorn, Walter/Fischer, Lothar/Mann, Horst/Schellhorn, Helmut/Kern, Christoph (Hrsg.): SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, 4. Auflage, Neuwied 2012 (zitiert: Bearbeiter/in in Schellhorn u.a.)
- Scheuerer-Englisch, Hermann/Hundsatz, Andreas/Menne, Klaus: (Hrsg.): Jahrbuch für Erziehungsberatung. Band 10, Weinheim/München 2014
- Schilling, Roger: Rechtliche Probleme bei der gemeinsamen Sorge nach Trennung bzw. Scheidung, NJW 2007, 3233 ff.

-
- Schmahl, Stefanie: UN-Kinderrechtskonvention, 2. Auflage, Baden-Baden 2013
- Schmid, Heike: Die Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, Frankfurt am Main 2004
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Schreiber, Klaus/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar: Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014 (zitiert: Bearbeiter/in in Schulze u.a.)
- Schwab, Dieter: Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern – Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes –, FamRZ 1998, 457 ff.
- Schwab, Dieter/Wagenitz, Thomas: Einführung in das neue Kindschaftsrecht, FamRZ 1997, 1377 ff.
- Sedlmayr, Sebastian: Kinderrechte ins Grundgesetz. Eine Verbesserung für den Kinderschutz?, IzKK-Nachrichten 2009-1, 10 f.
- Seibert, Helga: Verfassung und Kindschaftsrecht – Neue Entwicklungen und offene Fragen, FamRZ 1995, 1457 ff.
- Seidenstücker, Bernd: Jugendhilfe in der DDR, Münster 1990
- Seier, Nicole: Reform des § 1666 BGB und Verfassungsschutz, FPR 2008, 483 ff.
- Sendler, Horst: Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen an die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, DVBl 1994, 1089 ff.
- Simonsohn, Berthold (Hrsg.): Fürsorgeerziehung und Jugendstrafvollzug, Bad Heilbrunn 1969
- Späth, Karl: Taschengeld in der Heimerziehung, UJ 1993, 460 ff.
- Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, 2. Auflage, München 2014
- Stähr, Axel: Führt der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz zu einem Rechtsanspruch der freien Träger auf Finanzierung?, ZfJ 1998, 24 ff.
- Statistisches Bundesamt: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe. Erzieherische Hilfe, Eingliederungshilfe für seelisch behinderte junge Menschen, Hilfe für junge Volljährige 2014, Wiesbaden 2015
- Statistisches Bundesamt: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe. Erzieherische Hilfe, Eingliederungshilfe für seelisch behinderte junge Menschen, Hilfe für junge Volljährige – Erziehungsberatung 2014, Wiesbaden 2016

- Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Buch 4: Familienrecht, §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Vermögenssorge, Kindes-schutz, Sorgerechtswechsel), 13. Auflage, 1993 ff., Berlin, Neubearbeitung 2009 (zitiert: Bearbeiter/in in Staudinger)
- Steindorff-Classen, Caroline: Europäischer Kinderrechtsschutz nach dem EU-Reformvertrag von Lissabon, EuR 2011, 19 ff.
- Sünderhauf, Hildegund: Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis. Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung, Wiesbaden 2013
- Tammen, Britta: Jugendhilfe in einer Mutter-Kind-Einrichtung des Strafvollzugs, UJ 2004, 43 ff.
- Tammen, Britta: Einverständnis des Personensorgeberechtigten als Voraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung – Anmerkung zum Urteil des Ober-verwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01 –, UJ 2004, 90 ff.
- Tammen, Britta: Vollzeitpflege bei den Großeltern – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des VG Hamburg vom 19.11.2002 – BVG 2523/2002, UJ 2004, 391 ff.
- Tammen, Britta: Die Neuregelungen im Bereich der Kindertagesbetreuung durch das Tagesbetreuungsausbaugesetz – TAG, UJ 2005, 474 ff.
- Trenczek, Thomas: Rechtliche Grundlagen der neuen ambulanten Maßnahmen und sozialpädagogischen Hilfeangebote für junge Straffällige, in: Neue ambulante Maßnahmen, Grundlagen – Hintergründe – Praxis, Hrsg. BAG NAM, Mönchen-gladbach 2000, 17 ff.
- Trenczek, Thomas: Beurteilungsspielräume versus partizipatorische Hilfeplanung in der Kinder- und Jugendhilfe – Rechtliche Konstruktionen und sozialpädagogi-sche Haltungen – Anmerkung zu BVerwG 9.12.2014 – 5 C 32.131, JAmt 2015, 190 ff.
- Trenczek, Thomas/Tammen, Britta/Behlert, Wolfgang/Boetticher, Arne von: Grund-züge des Rechts, 4. Auflage, München/Basel 2014

- Trenk-Hinterberger, Peter: Verfahrensrechtliche Rechtsfolgen einer Verfestigung der Vollzeitpflege auf die örtliche Zuständigkeit des Jugendhilfeträgers. Anmerkung zu BVerwG 5. Senat, Beschluss vom 09.12.2004 – 5 B 80/04, jurisPR-SozR 11/2005 Anm. 6
- Veit, Barbara: Das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls im Überblick, FPR 2008, 598 ff.
- Vogel, Harald: Die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge, FPR 2008, 617 f.
- Wenzel, Hermann: Fürsorgeheime in pädagogischer Kritik. Eine Untersuchung in Heimen für männliche Jugendliche und Heranwachsende, 2. Auflage, Stuttgart, 1973
- Wiesner, Reinhard: Der mühsame Weg zu einem neuen Jugendhilfegesetz, RdJB 1990, 112 ff.
- Wiesner, Reinhard: Das Kinder- und Jugendhilfegesetz unter besonderer Berücksichtigung familienunterstützender und -ergänzender Leistungen, FuR 1990, 325 ff.
- Wiesner, Reinhard: § 19 SGB VIII als Grundlage für die Hilfegewährung in gemeinsamen Wohnformen für Mütter/Väter und Kinder aus der Sicht des Gesetzgebers, NDV 1998, 225 ff.
- Wiesner, Reinhard: Die Bedeutung des Neunten Buches Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – für die Kinder- und Jugendhilfe, ZfJ 2001, 284 ff.
- Wiesner, Reinhard: Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII, FPR 2008, 608 ff.
- Wiesner, Reinhard (Hrsg.): SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 4. Auflage, München 2011
- Wiesner, Reinhard (Hrsg.): SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 5. Auflage, München 2015 (zitiert: Bearbeiter/in in Wiesner SGB VIII 2015)
- Wiesner, Reinhard u.a. (Hrsg.): SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 2. Auflage, München 2000 (zitiert: Bearbeiter/in in Wiesner u.a. SGB VIII 2000)
- Willutzki, Siegfried: Kindschaftsrechtsreform, Versuch einer wertenden Betrachtung, KindPrax 1998, 8 ff.

Windel, Peter A.: Zur elterlichen Sorge bei Familienpflege, FamRZ 1997, 713 ff.

Wolff, Johannes: Wo stehen wir gegenwärtig in der Fürsorgeerziehung? Stellungnahme des AFET 1931, in: 100 Jahre AFET – 100 Jahre Erziehungshilfe, Band I – Quellen, Materialien, Autorenbeiträge 1906-2005, Hrsg. AFET e.V., Hannover 2006, 77 ff.

Zeitler, Helmut: Vollzeitpflege bei Großeltern: Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. September 1996 (NDV-RD 1997, 80), NDV 1997, 249 f.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 7. Auflage, München 1999

Gliederung

1	<i>Einführung</i>	1
1.1	Die Fragestellung	1
1.1.1	Grundzüge des RJWG und des JWG	2
1.1.2	Die Reform des Kinder- und Jugendhilferechts durch das SGB VIII	7
1.2	Der Gang der Untersuchung	9
2	<i>Die Einteilung des § 27 Abs. 1 SGB VIII in Tatbestand und Rechtsfolge</i>	11
2.1	Die verschiedenen Auslegungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII	12
2.1.1	Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als Tatbestandsmerkmal?	14
2.1.2	Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als Kriterien der Rechtsfolge?	16
2.1.3	Eignung und Notwendigkeit als Kriterien sowohl des Tatbestandes als auch der Rechtsfolge?...	17
2.2	Die Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII hinsichtlich der Einteilung in Tatbestand und Rechtsfolge	17
2.2.1	Grammatikalische Auslegung	18
2.2.2	Systematische Auslegung	20
2.2.3	Objektiv-teleologische Auslegung	23
2.2.4	Historische Auslegung	30
3	<i>Anspruchsinhaberschaft und Befugnis zur Geltendmachung des Anspruchs</i>	37
3.1	Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung	38
3.1.1	Die Personensorgeberechtigten als Anspruchsinhaber	38
3.1.1.1	Die Eltern als Anspruchsinhaber	38
3.1.1.1.1	Anspruchsinhaberschaft von nicht dauerhaft getrennt lebenden Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge	39
3.1.1.1.2	Anspruchsinhaberschaft von dauerhaft getrennt lebenden Eltern	40
3.1.1.1.3	Nicht sorgeberechtigte Elternteile	57
3.1.1.2	Vormund oder Pfleger als Anspruchsinhaber	58
3.1.2	Anspruchsinhaberschaft des Kindes oder Jugendlichen	68
3.1.2.1	Die Positionen in Rechtsprechung und Literatur zur Anspruchs-berechtigung der Minderjährigen	68
3.1.2.2	Rechtsanspruch des Kindes als Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG?....	71
3.1.2.3	Denkbare Ansatzpunkte für eine Anspruchsberechtigung der Minderjährigen	87
3.1.2.3.1	Rechtsanspruch des Kindes aus §§ 27 bis 35 SGB VIII?	88
3.1.2.3.2	Rechtsanspruch des Kindes aus § 1 Abs. 1 i.V.m. § 27 SGB VIII?	89
3.1.2.3.3	Rechtsanspruch des Kindes aufgrund der Garantenstellung des Staates?	92
3.1.2.4	Folgerungen für die Frage der Anspruchsinhaberschaft des Minderjährigen	93

3.2	Geltendmachung des Rechts aus § 27 Abs. 1 SGB VIII.....	94
3.2.1	Geltendmachung des Rechts durch die Personensorgeberechtigten	95
3.2.2	Geltendmachung von Ansprüchen auf Hilfe zur Erziehung durch Minderjährige	97
3.2.3	Geltendmachung des Anspruchs durch Pflegepersonen.....	100
3.2.4	Folgerungen für die Frage der Geltendmachung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung	109
3.3	Die begleitenden Leistungen der wirtschaftlichen Hilfe und der Krankenhilfe in den §§ 39 und 40 SGB VIII.....	110
3.3.1	Der begleitende Anspruch auf Leistungen zum Unterhalt (§ 39 SGB VIII).....	110
3.3.1.1	Minderjährige als Anspruchsberechtigte?	111
3.3.1.2	Pflegepersonen als Anspruchsberechtigte?	115
3.3.1.3	Anspruch der Pflegeperson aus Geschäftsführung ohne Auftrag?	121
3.3.2	Der begleitende Anspruch auf Krankenhilfe (§ 40 SGB VIII)	127
4	Die Anspruchsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII.....	130
4.1	Fehlende Gewährleistung einer dem Wohl des Minderjährigen entsprechenden Erziehung – der erzieherische Bedarf.....	130
4.1.1	Das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen.....	130
4.1.2	Fehlende Gewährleistung einer dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechenden Erziehung	135
4.1.2.1	Der erzieherische Bedarf.....	135
4.1.2.2	Sicherstellung des Wohls des Kindes oder des Jugendlichen durch Personensorgeberechtigte, die nicht Eltern des Minderjährigen sind.....	141
4.2	Eignung der Hilfe	144
4.3	Notwendigkeit der Hilfe.....	145
5	Hilfe zur Erziehung im Kontext von vorhandenen familien- gerichtlichen Eingriffen in die elterliche Sorge nach §§ 1666, 1666a BGB	154
5.1	Auswirkungen der Änderungen durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls	155
5.2	Realisierung von Hilfe zur Erziehung über Maßnahmen des Familien-gerichts nach § 1666 Abs. 3 BGB.....	160
6	Die Rechtsfolgen des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung.....	166
6.1	Der offene Katalog der §§ 28 bis 35 SGB VIII	167
6.1.1	Die einzelnen Hilfen der §§ 28 bis 35 SGB VIII.....	167
6.1.1.1	§ 28 SGB VIII – Erziehungsberatung	167
6.1.1.2	§ 29 SGB VIII – Soziale Gruppenarbeit	169
6.1.1.3	§ 30 SGB VIII – Erziehungsbeistand.....	170
6.1.1.4	§ 31 SGB VIII – Sozialpädagogische Familienhilfe	171

6.1.1.5	§ 32 SGB VIII – Erziehung in einer Tagesgruppe.....	177
6.1.1.6	§ 33 SGB VIII – Vollzeitpflege	178
6.1.1.7	§ 34 SGB VIII – Heimerziehung, sonstige betreute Wohnform	181
6.1.1.8	§ 35 SGB VIII – Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung.....	182
6.1.2	Die Systematik der in §§ 28 bis 35 SGB VIII vorgesehenen Hilfen	184
6.1.3	Die Kombination von Hilfen.....	185
6.2	Hilfen außerhalb der §§ 28 bis 35 SGB VIII	188
6.2.1	Die Entwicklung neuer Hilfeformen	188
6.2.2	Leistungsangebote aus anderen Abschnitten des SGB VIII als Hilfe zur Erziehung	190
6.3	Die „Versäulung“ der Hilfen	194
7	Das Verfahren.....	196
7.1	Antragserfordernis für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung	196
7.2	Selbstbeschaffung	204
7.3	Das Verfahren nach §§ 36, 37 SGB VIII	207
7.3.1	Die Regelungen zur Beteiligung der Adressaten und zum Hilfeplanverfahren.....	207
7.3.2	Die besondere Stellung der Erziehungsberatung	212
7.3.3	Rechtscharakter und rechtliche Bedeutung des Hilfeplans.....	215
8	Der Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Entscheidungen des öffentlichen Jugendhilfeträgers im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII.....	217
8.1	Bestehen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe Beurteilungsspielräume oder sonstige Entscheidungsfreiräume der Träger der öffentlichen Jugendhilfe?	218
8.1.1	Die Entwicklung der Rechtsprechung zu Beurteilungsspielräumen und richterlichen Kontrollkompetenzen	219
8.1.1.1	Grundsätzliche Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe	219
8.1.1.2	Einschränkungen der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis.....	220
8.1.2	Ansatzpunkte für die Annahme von Beurteilungs- oder sonstigen Spielräumen der Verwaltung im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII	228
8.1.2.1	Beurteilungsfälle, die auf persönlicher Einschätzung beruhen.....	229
8.1.2.2	Entscheidung eines Gremiums mit bestimmter, gesetzlich festgelegter Besetzung	230
8.1.2.3	Prognoseentscheidung.....	235
8.1.3	Folgen für § 27 Abs. 1 SGB VIII.....	237
8.2	Besteht auf der Rechtsfolgende Seite Ermessen der öffentlichen Träger der Jugendhilfe?	237
8.2.1	Entschließungsermessen	237
8.2.2	Auswahlermessen.....	238
9	Fazit.....	241

<i>Thesen der Dissertation</i>	<i>246</i>
<i>Anhang</i>	<i>248</i>
Ehrenwörtliche Erklärung	248
Danksagung.....	249

1 Einführung

1.1 Die Fragestellung

1990 trat mit dem Achten Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – SGB VIII¹ eine neue gesetzliche Grundlage für das Kinder- und Jugendhilferecht in Kraft. Das SGB VIII löste in den alten Bundesländern² das Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG)³ ab, das dieses Rechtsgebiet seit 1961 geregelt hatte. Die Inhalte des JWG stammten jedoch aus weit früherer Zeit: In ihm fanden sich in neuer Paragraphenfolge mit geringfügigen Änderungen die Regelungen des seit 1924 geltenden und 1953 novellierten Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (RJWG)⁴.

Sowohl das RJWG als auch das JWG waren in erster Linie ordnungsrechtlich ausgerichtet.⁵ Obwohl § 1 RJWG wie auch § 1 JWG ein Recht des Kindes auf Erziehung benannten, waren die Inhalte der Gesetze nicht leistungsrechtlich, sondern vorwiegend eingriffsrechtlich und fürsorglich geprägt.⁶ Demgegenüber vollzog das SGB VIII einen Perspektivenwechsel in der Jugendhilfe. Das Gesetz geht von einem neuen Verständnis der Jugendhilfe aus, dessen zentraler Auftrag in der Förderung der Entwicklung junger Menschen liegt.⁷ Im Vordergrund stehen Sozialleistungen mit sozialpädagogischem Charakter.⁸ Die Adressaten des Gesetzes – in erster Linie junge Menschen und Eltern – werden als Subjekte mit Ansprüchen und Beteiligungsrechten begriffen.⁹

Im Folgenden soll untersucht werden, ob bzw. inwieweit der Paradigmenwechsel der Kinder- und Jugendhilfe vom Eingriffsrecht zum Sozialleistungsrecht¹⁰ in einem Kernbereich des Gesetzes, nämlich bei der Hilfe zur Erziehung, auch unter dem

¹ Es trat das aus insgesamt 22 Artikeln bestehende Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) vom 28.03.1990, BR Drucks. 267/90, in Kraft, verkündet im BGBl. vom 28. Juni 1990 Teil I, 1163 ff.; Artikel 1 des KJHG umfasst das SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe.

² Zum Jugendhilferecht in der DDR vgl. *Seidenstücker* 1990, 9 ff.

³ Gesetz für Jugendwohlfahrt – JWG – in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1961, BGBl. I, 1205.

⁴ Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 09. Juli 1922 RGBl. I, 633; zu den Einzelheiten der Entstehung des RJWG und des JWG vgl. *Hasenclever* 1978; *Münder* 1996, 12 ff.

⁵ *Münder* in FK-SGB VIII 2013 Einleitung Rz. 40.

⁶ *Wiesner* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 1.3 Rz. 7, 9.

⁷ *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII* 2015 Einleitung Rz. 60; *ders.*, in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 1.3 Rz. 47.

⁸ *Münder/Trenczek* 2015, 57.

⁹ *Wiesner* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 1.3 Rz. 49.

¹⁰ Kritisch zum Verständnis des SGB VIII als Leistungsgesetz *Preis*, ZRP 1990, 90 ff.: kein Leistungsgesetz, sondern allenfalls ein Rahmengesetz mit der Aufforderung an Länder und Träger der öffentlichen Jugendhilfe, verbindliche Rechtsgrundlagen für eine Förderung zu schaffen.

Aspekt des Kinderschutzes verwirklicht worden ist. Bei den Hilfen zur Erziehung handelt es sich um Leistungsangebote, die in den Fällen zum Tragen kommen, in denen sich die erzieherische Situation Minderjähriger als unterstützungsbedürftig erweist und in denen vielfach bereits zumindest die Grenze zur Kindeswohlgefährdung erreicht ist. Damit befindet sich dieser Sachverhalt im Spannungsfeld zwischen Sozialleistung einerseits und ggf. erforderlichem Eingriff in Elternrechte zum Schutz des Kindes andererseits.

1.1.1 Grundzüge des RJWG und des JWG

Das RJWG wie auch das JWG beruhten auf einem Verständnis von Kinder- und Jugendhilfe, das sicherheits- und ordnungsrechtlich sowie fürsorglich ausgerichtet war.¹¹ Ihre Wurzeln reichten sowohl in das Strafrecht und das Polizei- und Ordnungsrecht als auch in das Fürsorgerecht der Armengesetzgebung und das Vormundschaftsrecht.¹²

Als Mittel für die öffentliche Sicherheit und Ordnung hatte die Kinder- und Jugendhilfe Aufgaben wahrzunehmen, die ihr etwa aufgrund polizeirechtlicher oder strafrechtlicher Interessen vorgegeben waren.¹³ So beurteilte das zuständige Bundesministerium 1972 im dritten Jugendbericht das JWG als völlig geprägt durch seine Herkunft aus dem Polizeirecht und dem Strafrecht sowie durch obrigkeitliche Vorstellungen einer eingreifenden Verwaltung.¹⁴ Diese Ausrichtung zeigt sich in besonderer Weise im Abschnitt VI des Gesetzes, der mit der Erziehungsbeistandschaft, der Freiwilligen Erziehungshilfe und der Fürsorgeerziehung Hilfen bzw. Maßnahmen für Minderjährige enthielt, deren Entwicklung gefährdet oder beeinträchtigt war bzw. die von „Verwahrlosung“ betroffen oder bedroht waren.¹⁵

Das unter diesen drei Maßnahmen am meisten in die Rechte der Minderjährigen und der Erziehungsberechtigten eingreifende Rechtsinstitut war die Fürsorgeerziehung.¹⁶ Sie war auf jeweils landesrechtlicher Ebene Ende des 19. Jahrhunderts als öffentlich-rechtliche Maßnahme zur Gefahrenabwehr entstanden¹⁷ und anschließend zunächst in §§ 62 ff. RJWG und nach der JWG-Novelle im Jahr 1961 in §§ 64 ff. JWG gere-

¹¹ *Münder/Trenczek* 2015, 56; *Eichenhofer*, JuS 1992, 279 f.

¹² *Oberloskamp* 2008, 45.

¹³ *Münder/Trenczek* 2015, 56.

¹⁴ *BMJFG*, Dritter Jugendbericht, 1972, 31.

¹⁵ *Münder* u.a. FK JWG 1978 Vorbemerkungen zu Abschnitt VI 1.

¹⁶ Mit kritischen Beiträgen *Simonsohn* 1969; zu Sozialbiographien vgl. *Aich* 1973.

¹⁷ Auch nach Inkrafttreten des BGB blieben die landesrechtlichen Vorschriften nach Art. 135 EGBGE erhalten, soweit dies zur „Verhütung des völligen sittlichen Verderbens der Minderjährigen“ für nötig gehalten wurde, *Jordan/Sengling* 1992, 33.

gelt.¹⁸ In § 64 JWG hieß es: „Das Vormundschaftsgericht ordnet ... Fürsorgeerziehung an, wenn sie erforderlich ist, weil der Minderjährige zu verwahrlosen droht oder verwahrlost ist.“ Verwahrlosung¹⁹ im Sinne des Gesetzes wurde überwiegend begriffen als „ein Zustand von einiger Dauer mit erheblichem Sinken des geistigen, sittlichen oder körperlichen Zustandes eines Kindes unter den Durchschnitt, der bei einem Minderjährigen unter den gleichen Verhältnissen als Ergebnis einer sonst ordnungsgemäßen Erziehung erreicht wird“.²⁰ Teilweise wurde in Abweichung von dieser Orientierung an einem Durchschnittsstandard gefordert, auf ein Absinken des Zustands des Kindes unter das Erziehungsziel abzustellen²¹ und dieses besonders hoch anzusetzen, um den Begriff der Verwahrlosung vom Standpunkt der „Maximal-Moral“ auszulegen.²² Tatbestände, die in der Praxis besonders häufig zur Einschätzung einer Verwahrlosung führten, waren Eigentumsdelikte, aggressives Verhalten, Arbeitsscheu, Entlaufen und Herumstreunen und – insbesondere bei Mädchen – sexuelle Auffälligkeit.²³

Die Fürsorgeerziehung konnte gegen den Willen der betroffenen Minderjährigen und Personensorgeberechtigten angeordnet werden.²⁴ Die Zuständigkeit für die Anordnung der Fürsorgeerziehung lag beim Vormundschaftsgericht. Das Gericht konnte von Amts wegen, auf Antrag des Jugendamts, des Landesjugendamts oder eines Personensorgeberechtigten tätig werden (§ 65 Abs. 1 JWG). Daneben konnte auch das Jugendgericht nach § 12 JGG a.F. Fürsorgeerziehung anordnen, sofern es den Tatbestand der (drohenden) Verwahrlosung für gegeben hielt. Bis in die 1970er Jahre hinein wurde Delinquenz generell als Indiz für Verwahrlosung betrachtet.²⁵ Durch die Anordnung der Fürsorgeerziehung wurde ein öffentlich-rechtliches Erziehungsverhältnis zwischen dem Minderjährigen und der Fürsorgeerziehungs-

¹⁸ Münder 1996, 14; von der Pfordten 2010, 12.

¹⁹ Ausführlich zu Begriff und Thema der Verwahrlosung Dechêne 1975; zur Problematik des Begriffs und der Bestimmung des Bedeutungsgehalts vom „guten Bürger“ her Wenzel 1973, 14 ff.; ähnlich unter Bezug auf die „Mittelstandsgesellschaft“ Münder u.a. FK JWG 1978 Vorbemerkungen zu Abschnitt VI 3.2, 3.3.

²⁰ So etwa KG JW 1931, 1496; LG Koblenz, Beschluss vom 21. Oktober 1977 – 4 T 495/77, DAVorm 1978, 663; ähnlich Friedeberg/Polligkeit/Giese 1972 § 64 JWG Anm. 3: „... ein erhebliches Sinken des körperlichen, geistigen oder sittlichen Zustands des Minderjährigen unter den Durchschnitt Gleichaltriger in vergleichbaren sozialen Verhältnissen.“

²¹ So etwa Riedel 1952, 214: „... ein erhebliches ... Sinken des leiblichen, geistigen, sittlichen und bzw. oder seelischen Zustands des Kindes unter das Erziehungsziel.“

²² Riedel 1965 § 64 Rz. 5 ff.

²³ Wenzel 1973, 75 ff.; Kaiser 1977, 72 f.

²⁴ Zu den Verfahrensrechten der Minderjährigen und der Personensorgeberechtigten Münder u.a. FK JWG 1978 § 65 4.

²⁵ Helmke 1978, 41 ff.

behörde begründet, das das elterliche Erziehungsrecht überlagerte.²⁶ Gemäß § 69 Abs. 4 JWG galt das Landesjugendamt für alle Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Berufsausbildungsverhältnis und sich daraus ergebenden Ansprüchen als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen. Zudem war es befugt, den Arbeitsverdienst und die Renten zu verwalten und für den Minderjährigen zu verwenden. Nach § 71 Abs. 1 JWG bestimmte das Landesjugendamt auch den Aufenthalt des Minderjährigen. Die Behörde war befugt, ein für geeignet befundenes Heim für den Minderjährigen auszuwählen und den Heimvertrag mit dem Einrichtungsträger abzuschließen.²⁷ Die Norm enthielt darüber hinaus die Regelung, dass für die Unterbringung in Fürsorgeerziehung die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) und der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) eingeschränkt wurden.

Die Maßnahmen dienten in erster Linie der Umsetzung staatlicher und gesellschaftlicher Vorstellungen vom erwünschten Verhalten Minderjähriger und nicht etwa zur Verwirklichung der Wünsche und Interessen der Minderjährigen selbst: Die betroffenen Minderjährigen waren Objekte und nicht Subjekte des Handelns der Kinder- und Jugendhilfe.²⁸

Während die Fürsorgeerziehung nicht von der Zustimmung der Betroffenen abhing, setzte die mit der JWG-Novelle von 1961 erstmals bundeseinheitlich geregelte Freiwillige Erziehungshilfe nach § 62 JWG gemäß § 63 JWG einen schriftlichen Antrag der Personensorgeberechtigten voraus. Nach § 62 JWG war *„einem Minderjährigen, ... dessen leibliche, geistige oder seelische Entwicklung gefährdet oder geschädigt ist, ... Freiwillige Erziehungshilfe zu gewähren, wenn diese Maßnahme zur Abwendung der Gefahr oder zur Beseitigung des Schadens geboten ist und die Personensorgeberechtigten bereit sind, die Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe zu fördern“*. Wurde dem Antrag entsprochen, so wurde die Freiwillige Erziehungshilfe durch das Landesjugendamt angeordnet. Nach überwiegender Auffassung wurde durch die Anordnung auch hier ein öffentliches Erziehungsrecht der Behörde begründet.²⁹ Im Falle freiheitsentziehender Unterbringung im Rahmen der Freiwilligen Erziehungshilfe war umstritten, ob hierfür eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich war. Überwiegend wurde eine solche für nicht notwendig gehalten, da die Unterbringung durch Inanspruchnahme der Freiwilligen Erziehungs-

²⁶ Friedeberg/Polligkeit/Giese 1972 § 69 JWG Anm. 3.

²⁷ von der Pfordten 2010, 15.

²⁸ Münder/Trenczek 2015, 56.

²⁹ Friedeberg/Polligkeit/Giese 1972 § 63 JWG Anm. 2.

hilfe durch die Personensorgeberechtigten veranlasst wurde. Es galt als selbstverständlich, dass bei Einverständnis der Sorgeberechtigten eine gerichtliche Entscheidung überflüssig sei.³⁰ Diese Auffassung fand letztlich auch eine gesetzliche Untermauerung. 1961 wurde durch das Familienrechtsänderungsgesetz³¹ in § 1800 Abs. 2 BGB a.F. zwar geregelt, dass die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen durch den Vormund einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedurfte, dagegen blieb eine entsprechende Regelung für die Unterbringung durch die Eltern aus.³²

Die historisch aus der Schutzaufsicht³³ (§§ 56 ff. RJWG) entstandene Erziehungsbeistandschaft verstand sich als die mildeste der genannten Erziehungsformen.³⁴ Nach § 55 JWG war *„für einen Minderjährigen, dessen leibliche, geistige oder seelische Entwicklung gefährdet oder geschädigt ist, ... ein Erziehungsbeistand zu bestellen, wenn diese Maßnahme zur Abwendung der Gefahr oder zur Beseitigung des Schadens geboten und ausreichend erscheint“*. Auch hier ist jedoch ein deutlicher Eingriffs- und Kontrollcharakter erkennbar. Die Bestellung konnte nach § 56 Abs. 1 JWG auf Antrag der Personensorgeberechtigten erfolgen, daneben bestand jedoch nach § 57 JWG auch die Möglichkeit der angeordneten Erziehungsbeistandschaft. Für den Fall, dass die Voraussetzungen für eine Erziehungsbeistandschaft nach § 55 JWG vorlagen, eine Bestellung aber nicht erfolgte, konnte das Vormundschaftsgericht von Amts wegen oder auf Antrag eines Personensorgeberechtigten oder des Jugendamts die Bestellung anordnen. Sie hatte dann durch das Jugendamt zu erfolgen (§ 57 Abs. 1, 2 JWG).

Vor dem Hintergrund, dass die Erziehungsbeistandschaft von ihrer Konzeption her als ausschließlich beratende und helfende Maßnahme angedacht war, die ganz auf Freiwilligkeit und Einvernehmen basieren sollte, erfuhr die Möglichkeit einer Anordnung gegen den Willen der Betroffenen Kritik.³⁵ Neben dem Vormundschaftsgericht konnte auch das Jugendgericht nach § 9 Nr. 2 JGG a.F. die Erziehungsbeistandschaft anordnen. Sowohl eine jugendgerichtlich als auch eine vormundschaftsgerichtlich angeordnete Erziehungsbeistandschaft war nach § 56 Abs. 1 Nr. 2 bzw.

³⁰ Jans/Happe 1963, 398; anders OLG Hamburg, ZblJugR 1953, 171; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23. Februar 1953 – 6 W 58/53, NJW 1953, 1187.

³¹ BGBl. I, 1221.

³² von der Pfordten 2010, 60 ff.

³³ Ausführlich Iben 1967.

³⁴ Münder u.a. FK JWG 1978 Vorbemerkung zu §§ 55-61 3.

³⁵ Münder u.a. FK JWG 1978 Vorbemerkung zu §§ 55-61 3 f.; Iben 1967, 63.

Nr. 8 BZRG³⁶ in das Erziehungsregister aufzunehmen. Damit konnte sie als eine Überwachungsform über den Minderjährigen dienen, da verschiedene staatliche Organe Auskünfte aus dem Register anfordern konnten.³⁷

Neben den genannten Maßnahmen enthielt § 6 JWG die formlosen Hilfen zur Erziehung. § 6 Abs. 1 JWG verzichtete vollständig auf die Formulierung materieller Tatbestandsvoraussetzungen und regelte lediglich, dass die notwendigen Hilfen zur Erziehung für einzelne Minderjährige dem jeweiligen Bedarf entsprechend rechtzeitig und ausreichend zu gewähren seien.

Während die genannten sicherheits- und ordnungsrechtlichen Aufgaben von außen an die Kinder- und Jugendhilfe herangetragen wurden, entsprach das Konzept der Fürsorglichkeit dem damaligen Aufgabenverständnis der Kinder- und Jugendhilfe selbst oder jedenfalls deren maßgeblicher Vertreter in Praxis und Wissenschaft. Im Vordergrund dieses Konzepts steht die Wahrnehmung des staatlichen Wächteramts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zum Schutz der betroffenen Minderjährigen. Es erfolgt in diesem Sinne in erster Linie Arbeit *für* die Betroffenen anstelle von Arbeit *mit* den Betroffenen.³⁸ Welche Ziele im Einzelfall zu verfolgen sind und auf welchem Weg dies geschieht, wird von den Fachkräften aufgrund ihrer professionellen Kompetenz entschieden und vorgegeben. Auch hier sind die Betroffenen Objekte und nicht Subjekte des Handelns der Kinder- und Jugendhilfe.

Insgesamt betrachtet lag der Fokus sowohl des RJWG als auch des JWG auf Eingriffen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen. Hierunter fallen etwa die Vormundschaft für uneheliche Kinder, der Pflegekinderschutz und die Fürsorgeerziehung. Fördernde Angebote waren den Jugendämtern freigestellt und erlangten somit keine große Bedeutung.³⁹

³⁶ In der Fassung der Bekanntmachung vom 18. März 1971, BGBl. I, 243.

³⁷ Münder u. a. FK JWG 1978 Vorbemerkung zu §§ 55-61 3.

³⁸ Münder/Trenczek 2015, 56.

³⁹ Oberloskamp 2008, 46.

1.1.2 Die Reform des Kinder- und Jugendhilferechts durch das SGB VIII

Nach langen fachlichen und politischen Diskussionen und mehreren gescheiterten Reformansätzen, die sich über einen Zeitraum von über 20 Jahren erstreckten,⁴⁰ wurde das JWG 1990⁴¹ durch das SGB VIII abgelöst. Der Wechsel resultierte aus der übereinstimmenden Erkenntnis von Bund, Ländern und Gemeinden sowie seitens der Fachverbände, dass das Jugendwohlfahrtsgesetz fachlichen und rechtlichen Anforderungen nicht mehr genügte. An die Stelle der eingriffsrechtlichen Orientierung des JWG sollte eine gesetzliche Grundlage für die Kinder- und Jugendhilfe treten, die den Fokus auf Hilfe und Unterstützung für Familien richtete und eine starke Leistungsorientierung aufwies. Die Begründung lag insbesondere in gesellschaftlichen Entwicklungen, die zu neuen Problemlagen für Kinder und Jugendliche geführt hatten, in einer erweiterten Sichtweise der Jugendhilfepraxis, die neben dem Kind und Jugendlichen immer stärker die Familie und das soziale Umfeld in ihre pädagogische Arbeit einbezog, und in der Abkehr vom polizei- und ordnungsrechtlich geprägten Jugendwohlfahrtsgesetz, das den inzwischen in der Praxis erfolgten Perspektivenwandel der Jugendhilfe nicht mitvollzogen hatte.⁴²

Gegenüber dem Jugendwohlfahrtsgesetz hat die Neuregelung des Kinder- und Jugendhilferechts durch das SGB VIII einen grundlegenden Perspektivenwechsel vorgenommen. Dem SGB VIII liegt ein neues Verständnis von Kinder- und Jugendhilfe zugrunde. Es kehrt sich ab von den bisherigen zentralen Zielen der reaktiven Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Ausgrenzung „verwahrloster“ Minderjähriger in geschlossener Unterbringung oder durch Arbeitserziehung und von der primären Ausrichtung auf den Schutz Minderjähriger vor dem gefährdenden Einfluss ihrer Eltern. Demgegenüber geht das SGB VIII von einem Verständnis der Kinder- und Jugendhilfe aus, das ihre Aufgaben in erster Linie in der Förderung der Entwicklung junger Menschen und ihrer Integration in die Gesellschaft durch allgemeine Förderungsangebote und Leistungen in unterschiedlichen Lebenssituationen begreift.⁴³ Zielbestimmungen und Prinzipien einer so verstandenen modernen

⁴⁰ Zu den fachlichen Debatten im Vorfeld des SGB VIII sowie zum Gesetzgebungsverfahren vgl. *Jordan/Sengling* 1992, 63 ff.; *Münder* 1996, 15 f.; *Kreft/Mielenz* 1996, 315 ff.; *Wiesner* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 1.3 Rz. 26 ff.; *ders.*, RdJB 1990, 112 ff.

⁴¹ Das Gesetz trat in den neuen Bundesländern am 03. Oktober 1990, in den alten Bundesländern am 01. Januar 1991 in Kraft.

⁴² Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) BT-Drucks. 11/5948, 41.

⁴³ *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII* 2015 Einleitung Rz. 60.

Kinder- und Jugendhilfe werden mit den Begriffen „Leistung statt Eingriff“, „Prävention statt Reaktion“, „Flexibilisierung statt Bürokratisierung“, „Demokratisierung statt Bevormundung“ belegt.⁴⁴ Zu den zentralen Maximen zählen Partizipation und Freiwilligkeit. Die Betroffenen müssen die Möglichkeit zur mitgestaltenden Beteiligung im Rahmen von Jugendhilfeleistungen haben und müssen über die Annahme oder die Ablehnung von Angeboten frei entscheiden können.⁴⁵ Diese Maxime beruht maßgeblich auf den Ergebnissen von Untersuchungen in der Jugend- und Familienhilfe. Alle Studien zur Entwicklung neuer Handlungsfelder weisen auf, dass Annahme oder Ablehnung von Angeboten wesentlich davon abhängen, ob und in welchem Umfang eine Beteiligung der Betroffenen möglich ist und die Angebote oktroyiert oder freiwillig sind.⁴⁶

Die im SGB VIII zum Ausdruck kommende Leistungsorientierung des Kinder- und Jugendhilferechts durchzieht als Strukturprinzip das gesamte Gesetz. Es gilt somit vorrangig auch dann, wenn der Schutz von Kindern und Jugendlichen sicherzustellen ist. So sind nach § 8a Abs. 1 SGB VIII bei Vorliegen gewichtiger Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung die Erziehungsberechtigten sowie das Kind oder der Jugendliche in die Gefährdungseinschätzung einzubeziehen. Sofern das Jugendamt zur Abwendung der Gefährdung die Gewährung von Hilfen für geeignet und notwendig hält, hat es diese den Erziehungsberechtigten anzubieten. Der verfassungsrechtlich im Wächteramt des Staates gegenüber den Eltern in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verankerte Kinderschutz zählt von jeher zu den Kernaufgaben der Jugendhilfe. Er wird seit Inkrafttreten des SGB VIII als eines der Ziele der Jugendhilfe in § 1 als Generalklausel und Leitnorm des Gesetzes genannt. Der Kinderschutz ist während der letzten Jahre zunehmend in den Fokus des öffentlichen Interesses und gesetzgeberischer Reformen getreten und hat sich zum „Megathema“⁴⁷ der Kinder- und Jugendhilfe entwickelt.

Ein Kernstück der Reform des Kinder- und Jugendhilferechts liegt in der Neuordnung der Hilfe zur Erziehung. Die im SGB VIII zum Ausdruck kommende fachliche und sozialpolitische Grundorientierung geht von der Gestaltung der Hilfe zur Erziehung als sozialpädagogischer Dienstleistung aus. Die Hilfe zur Erziehung setzt sich ab von

⁴⁴ *Münder* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 Einleitung Rz. 33.

⁴⁵ *Kreft/Lukas* 1993, Bd. I, 16 ff.

⁴⁶ *Münder* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 Einleitung Rz. 33.

⁴⁷ *Münder* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 Einleitung Rz. 36.

traditionellen Vorstellungen, in denen erzieherische Hilfen in die Nähe obrigkeitlicher Eingriffe gerückt wurden.⁴⁸ Statt Eingriffsinstrument soll die Hilfe ein fachlich qualifiziertes Leistungsangebot für Familien und Minderjährige in schwierigen Lebenssituationen darstellen. Ihre Inanspruchnahme und konkrete Ausgestaltung im Einzelfall soll in Zusammenarbeit mit den Betroffenen erfolgen.⁴⁹ An die Stelle einer einseitigen behördlichen Anordnung einer erzieherischen „Maßnahme“ tritt nach dem SGB VIII ein kooperativer Prozess der Beratung, Klärung, Planung und Gestaltung der im Einzelfall geeigneten und erforderlichen Hilfe.⁵⁰

1.2 Der Gang der Untersuchung

Bei der Frage nach der Verwirklichung der genannten Leitlinien steht § 27 SGB VIII als Grundnorm und Anspruchsgrundlage der Hilfe zur Erziehung im Zentrum. Die Untersuchung muss jedoch auch über diese Norm hinausgehen, um insbesondere auch die Ausgestaltung der Hilfe einschließlich begleitender Ansprüche sowie das Verfahren zur Rechtsverwirklichung erörtern zu können.

Zunächst wird in Kapitel 2 § 27 Abs. 1 SGB VIII hinsichtlich seiner Einteilung in Tatbestand und Rechtsfolge untersucht, um als Ausgangspunkt den Inhalt der Anspruchsgrundlage der Hilfe zur Erziehung zu klären. Im Anschluss daran wird in Kapitel 3 die Frage der Anspruchsinhaberschaft und der Befugnis zur Ausübung des Rechts erörtert. Hierin liegt im Hinblick auf die Frage nach dem Leistungscharakter der Norm ein Schwerpunkt der Darstellung. In diesem Zusammenhang sind auch die begleitenden Ansprüche auf Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder des Jugendlichen nach § 39 und auf Krankenhilfe nach § 40 SGB VIII von Bedeutung. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Hilfe zur Erziehung werden in Kapitel 4 erörtert, wo zunächst der Begriff des Wohls des Kindes einer Klärung bedarf und nach Kriterien gesucht wird, auf deren Grundlage eingeschätzt werden kann, ob das Kindeswohl im Einzelfall gewährleistet ist. Zudem werden Kriterien der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe erörtert. Kapitel 5 befasst sich mit der Leistungsnorm des § 27 SGB VIII im Kontext der familienrechtlichen Eingriffsnorm des § 1666 BGB im Rahmen des Eingriffs in das elterliche Sorgerecht. Hier ist von Bedeutung, ob sich die Eingriffsschwelle der Norm in den vergangenen Jahren verändert hat. Darüber hinaus gilt es zu erörtern, welche Maßnahmen des Familienge-

⁴⁸ Heßler 2001, 181; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 35 f.

⁴⁹ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor § 27 Rz. 3.

⁵⁰ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 18.

richts im Falle einer von den Personensorgeberechtigten nicht abgewendeten Kindeswohlgefährdung geeignet sind, zum Schutz des Kindes Hilfe zur Erziehung zu gewähren. Im Anschluss werden in Kapitel 6 die Rechtsfolgen des Anspruchs unter dem Aspekt des Leistungscharakters der Hilfe zur Erziehung erörtert. Von Bedeutung ist hier insbesondere, welches Spektrum von Hilfen den Leistungsberechtigten zur Verfügung steht. Gemäß § 27 Abs. 2 SGB VIII wird die Hilfe insbesondere nach den §§ 28 bis 35 erbracht. Nach einem kurzen Überblick über die dort genannten Hilfearten wird untersucht, welcher Stellenwert der Öffnung des Hilfekatalogs durch den Begriff des „insbesondere“ zukommt. Hier gilt es zu klären, ob bzw. inwieweit über die in den §§ 28 bis 35 SGB VIII genannten Hilfen hinaus weitere Hilfeformen in Frage kommen, sei es durch Kombination von Hilfen, durch Entwicklung neuer Hilfeformen oder durch Heranziehung von Leistungen aus anderen Teilen des SGB VIII.

Neben der materiellen Rechtslage ist für die Frage nach der Umsetzung des Leistungscharakters des Kinder- und Jugendhilfegesetzes bei der Hilfe zur Erziehung auch das Verfahrensrecht relevant, das in Kapitel 7 erörtert wird. Für das Verwaltungsverfahren ist von Bedeutung, ob für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung eine Antragstellung der berechtigten Personen beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe erforderlich ist. Zudem spielt das partizipative Verfahren zur Entscheidung über die konkrete Hilfe im Einzelfall nach § 36 SGB VIII eine zentrale Rolle. Im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ist für die Stellung der Leistungsberechtigten der Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Entscheidungen des Jugendamts prägend, der in Kapitel 8 untersucht wird. Hier liegt die zentrale Frage darin, ob bzw. inwieweit dem Jugendamt bei der Entscheidung über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung ein Beurteilungsspielraum bzw. eine sonstige abschließende Entscheidungsbefugnis bei Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe oder Ermessen zukommt.

Schließlich folgen die aus der Untersuchung gewonnenen Thesen.

2 Die Einteilung des § 27 Abs. 1 SGB VIII in Tatbestand und Rechtsfolge

Die Anspruchsgrundlage für die Hilfe zur Erziehung ist in § 27 Abs. 1 SGB VIII formuliert. Nach dieser Norm hat *„ein Personensorgeberechtigter ... bei der Erziehung eines Kindes oder eines Jugendlichen Anspruch auf Hilfe (Hilfe zur Erziehung), wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist“*.

Diese Formulierung lässt unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten hinsichtlich der Frage zu, worin der Tatbestand und worin die Rechtsfolge der Norm besteht.⁵¹ Eine eindeutige Einteilung ist dem Normtext nicht zu entnehmen. Deshalb ist im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII bereits die Frage umstritten, welche Bestandteile die Voraussetzungen des Anspruchs und welche den Inhalt des Anspruchs beschreiben.

Die Einteilung in Tatbestand und Rechtsfolge ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil sie Auswirkungen darauf hat, ob dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei der Entscheidung über die im Einzelfall zu gewährende Hilfe Ermessen zustehen kann, oder ob es sich dabei um eine gebundene Entscheidung handelt. Hiervon hängt ab, ob dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei Anwendung der Norm ein Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Rechtsfolge zukommt. Im Fall einer gebundenen Entscheidung tritt bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen die im Gesetz vorgegebene Rechtsfolge zwingend ein. Es besteht hinsichtlich der Rechtsfolge kein Entscheidungsspielraum der Verwaltung. Ihr Handeln ist grundsätzlich in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar.⁵² Im Fall einer gebundenen Entscheidung kann der Verwaltung ein Freiraum allenfalls in Ausnahmefällen im Form eines Beurteilungsspielraums bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen des Tatbestands zustehen.⁵³ Im Regelfall liegt eine gebundene Entscheidung auch bei einer Soll-Vorschrift vor. Nur in atypischen Ausnahmefällen ist der Behörde hier Ermessen eingeräumt,⁵⁴ sodass in diesem Zusammenhang auch von gebundenem Ermessen gesprochen wird.⁵⁵ Demgegenüber kann die Verwaltung im Rahmen der

⁵¹ Lakies, ZfJ 1996, 451, 454 ff.

⁵² Tammen in Berlitz/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 5.

⁵³ Dazu ausführlich Kapitel 8.1.

⁵⁴ Gutzler in BeckOK Sozialrecht § 39 SGB I Rz 4.

⁵⁵ Kritisch zum Begriff Mrozynski in Mrozynski SGB I 2014 § 39 Rz. 7.

gesetzlichen Grenzen⁵⁶ zwischen verschiedenen Rechtsfolgen wählen, sofern ihr durch die gesetzliche Vorschrift Ermessen eingeräumt wird (§ 39 SGB I).⁵⁷

Besteht der Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII darin, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und Hilfe zur Erziehung für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist, so besteht die Rechtsfolge in einem zwingenden Rechtsanspruch („*hat ... Anspruch auf ...*“) des Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung. Diese Auslegung spricht für eine gebundene Entscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe. Besteht dagegen der Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII nur darin, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist, so ergibt sich als Rechtsfolge ein Anspruch des Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung, die für die Entwicklung des Minderjährigen notwendig und geeignet ist. Anspruch bestünde in diesem Fall auf eine Hilfe, die die Kriterien der Notwendigkeit und der Eignung für die Entwicklung des Minderjährigen erfüllt. Sofern dies bei mehreren Hilfen der Fall ist, besteht hier die Möglichkeit, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Ermessen bei der Auswahl einer dieser Hilfen hat. Diese Auslegung spricht somit gegen einen Anspruch des Personensorgeberechtigten auf eine konkrete Hilfe. Für den Fall eines solchen Ermessens stellt sich die Rechtsposition des Anspruchsinhabers als deutlich schwächer dar, als dies bei einer gebundenen Entscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe der Fall wäre.

2.1 Die verschiedenen Auslegungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Struktur des § 27 Abs. 1 SGB VIII. Eindeutig und unumstritten ist Tatbestandsvoraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Dies ist Voraussetzung dafür, dass ein Anspruch auf Hilfe gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII entsteht. Ebenfalls eindeutig ist, dass die Rechtsfolge der Norm in einem Anspruch des Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung des Kindes bzw. des Jugendlichen besteht. Dagegen ist es nicht eindeutig, wie der letzte Satzteil des § 27 Abs. 1 SGB VIII „*und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist*“ einzuordnen ist. Dieser könnte sowohl ein weiteres Tatbestandsmerkmal des Anspruchs auf

⁵⁶ An diese ist die Ermessensausübung stets gebunden und insofern niemals „frei“, vgl. *Mrozynski* in *Mrozynski SGB I 2014* § 39 Rz. 7.

⁵⁷ *Mrozynski* in *Mrozynski SGB I 2014* § 39 Rz. 2; *Seewald* in *KassKomm* § 39 SGB I Rz. 3, 9 ff.

Hilfe zur Erziehung als auch ein konkretisierender Bestandteil der Rechtsfolge eines solchen Anspruchs darstellen.

In diesem Zusammenhang werden verschiedene Meinungen vertreten. Während eine Auffassung die Klassifizierung der Kriterien der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als ausschließliche Tatbestandsmerkmale vertritt,⁵⁸ ordnet eine andere Position sie als ausschließliche Bestandteile der Rechtsfolge ein⁵⁹. Eine dritte Auffassung schließlich vertritt eine doppelte Zuordnung der Begriffe sowohl zum Tatbestand als auch zur Rechtsfolge.⁶⁰

Als Argument für die Zuordnung des letzten Satzteils des § 27 Abs. 1 SGB VIII zum Tatbestand wird in erster Linie der Wortlaut der Norm herangezogen, wonach Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als weitere Voraussetzungen im Anschluss an das Tatbestandsmerkmal der fehlenden Gewährleistung des Wohls des Minderjährigen angeführt werden.⁶¹

Eine abweichende Ansicht hält demgegenüber die Kriterien der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe für Bestandteile der Rechtsfolge. Denn Eignung und Notwendigkeit seien als Ausdruck des stets im Rahmen der Entscheidung über die Rechtsfolge relevanten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu würdigen. Dieser besage, dass die Rechtsfolge zur Erreichung des jeweils vom Gesetz beabsichtigten Zweckes das angemessene Mittel sein müsse. Ein durch den Rechtstatbestand zu regelnder Lebenssachverhalt solle mit der geeigneten und notwendigen Rechtsfolge in den angestrebten Zustand übergeleitet werden.⁶² Bezogen auf den § 27 Abs. 1 SGB VIII wird hieraus gefolgert, als Tatbestandsvoraussetzung werde ausschließlich eine unbefriedigende Erziehungssituation genannt. Um diese negativ zu bewertende Situation zu verbessern, sei vom Gesetz als Rechtsfolge die Hilfe zur Erziehung vorgesehen. Eine geeignete und notwendige Hilfe sei das Mittel, mit dem entsprechend dem jeweiligen erzieherischen Bedarf die unbefriedigende Erziehungssituation verbessert werden solle. Als solches seien die Kriterien der Eignung und Notwendigkeit zwingend als Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 SGB VIII zu betrachten.⁶³

⁵⁸ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 5 ff.; *Stähr* in *Hauck/Noftz SGB VIII* § 27 Rz. 18; *Siefert* in *Jung SGB VIII 2008* § 27 Rz. 13; *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 27 Rz. 8: mit der Rechtsfolge verklammerte Tatbestandsvoraussetzung; *Münder/Trenczek* 2015, 158, 161.

⁵⁹ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 27 Rz. 25a.

⁶⁰ *Münder* 1996, 64; *ders.*, *ZfJ* 1991, 285, 290.

⁶¹ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 5; *Lakies*, *ZfJ* 1996, 451, 454 ff.

⁶² *Maas*, *ZfJ* 1997, 70, 75.

⁶³ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 27 Rz. 25a; *Maas*, *RsDE* 25, 1, 3 ff.; *ders.*, *ZfJ* 1997, 70, 75.

Vertreten wird schließlich auch eine doppelte Zuordnung der Eignung und Notwendigkeit sowohl als Tatbestandsmerkmale des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung als auch als Kriterien der Rechtsfolge. Dies wird damit begründet, dass die Kriterien der Eignung und Notwendigkeit auf beiden Ebenen unverzichtbar seien. Aufseiten des Tatbestandes liege ihre Bedeutung darin, die Voraussetzungen dahingehend zu formulieren, dass überhaupt gerade Hilfe zur Erziehung im Einzelfall geeignet und notwendig sein müsse – etwa in Abgrenzung zu medizinischen Leistungen –, also gerade ein *erzieherischer* Bedarf gegeben sei. Aufseiten der Rechtsfolgen lege die Formulierung zudem fest, dass ein Anspruch auf eine Hilfe bestehe, die für die Entwicklung des Minderjährigen im konkreten Einzelfall geeignet und notwendig sei.⁶⁴

Es werden somit drei Auffassungen vertreten: Die Zuordnung der Begriffe „*geeignet und notwendig*“ zum Tatbestand, ihre Zuordnung zur Rechtsfolge und eine Doppelwirkung sowohl als Tatbestandsvoraussetzung als auch als Teil der Rechtsfolge. Im Folgenden sollen die unterschiedlichen Lesarten der Norm und ihre Konsequenzen verdeutlicht werden.

2.1.1 Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als Tatbestandsmerkmal?

Wäre die Eignung und Notwendigkeit als weiteres Tatbestandsmerkmal⁶⁵ zu betrachten, so bestünde der Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII aus zwei Voraussetzungen: Erstens, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist (sog. *erzieherischer Bedarf*) und zweitens, dass (jedenfalls) eine Hilfemöglichkeit im Rahmen der Hilfe zur Erziehung besteht, die für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist. Rechtsfolge wäre dann ein Anspruch des Personensorgeberechtigten auf eben diese geeignete und notwendige Hilfe.

Bei dieser Lesart eröffnen sich hinsichtlich der Konkretisierung der Hilfe auf der Tatbestandsebene wiederum zwei Möglichkeiten: Die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit können sich darauf beziehen, dass Hilfe zur Erziehung generell im betreffenden Fall ein geeignetes und notwendiges Mittel zur Gewährleistung einer dem Wohl des Minderjährigen entsprechenden Erziehung sein muss. In diesem Fall käme es nur darauf an, dass überhaupt erzieherische Hilfen i.S.d. §§ 27 ff. SGB VIII

⁶⁴ *Münder* 1991, 29; *ders.*, 1996, 64; *ders.*, ZfJ 1991, 285, 290.

⁶⁵ So *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 18; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a.*, FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 5; *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 1; *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 149; *ders.*, ZfJ 1997, 315, 316; *ders.*, ZfJ 1998, 205; *Lakies*, ZfJ 1996, 451, 454.

geeignet und erforderlich zur Verbesserung der Situation wären, etwa in Abgrenzung zu sonstigen denkbaren Hilfen für andere Leistungen des SGB VIII oder auf der Grundlage sonstiger Sozialleistungsgesetze. Das Erfordernis von Eignung und Notwendigkeit kann sich jedoch auch auf die konkrete Hilfe beziehen, auf die der Anspruch im Einzelfall entsteht.

Denkbar ist zunächst die Auslegung, dass die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe auf Tatbestandsseite noch nicht zu einer Konkretisierung der Hilfe auf dieser Ebene führen. Sie könnten vielmehr lediglich als Voraussetzung für den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung das Erfordernis umschreiben, dass es zur Behebung der bestehenden Problemlage überhaupt grundsätzlich irgendeiner *erzieherischen* Hilfe im Sinne des § 27 SGB VIII bedarf⁶⁶ – im Gegensatz z.B. zu rein materieller oder medizinischer Unterstützung. Beschränkt sich die Bedeutung auf diese allgemeine Aussage, so konkretisiert sich die im Einzelfall zu erbringende Hilfe nicht notwendig schon auf der Tatbestandsseite. Hier stellt sich vielmehr die Frage nach der konkreten Hilfe noch nicht. Insofern könnten noch mehrere Hilfen geeignet und notwendig erscheinen. Damit bliebe Raum für die Auswahl einer dieser Hilfen im konkreten Fall auf der Rechtsfolgenreite. Eine derartige „Auswahl“ zwischen verschiedenen infrage kommenden Hilfen eröffnet die Möglichkeit der Auslegung, damit sei ein Auswahlermessen der handelnden Behörde gegeben.

Denkbar ist allerdings ebenfalls die Auslegung, dass sich durch die Kombination der Merkmale der Eignung und der Notwendigkeit schon auf Tatbestandsseite die infrage kommende Hilfe auf eine einzige verdichtet. Dies könnte sich daraus ergeben, dass eine Hilfe nicht als geeignet angesehen werden kann, wenn es eine noch geeignetere gibt, die konkret auch notwendig ist. Damit würde sich bereits auf Tatbestandsseite die bestgeeignete notwendige Hilfe als die einzige infrage kommende Rechtsfolge konkretisieren. Eine Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten der Hilfe wäre von vornherein ausgeschlossen. Weil sich bereits auf der Tatbestandsseite die zu erbringende Hilfe genau konkretisiert hätte, würde sich auf der Rechtsfolgenreite die Frage nach der konkret zu erbringenden Hilfe nicht mehr stellen. Zu erbringen wäre zwingend die bereits im Rahmen des Tatbestandes festgestellte Hilfe, da nur auf sie ein Anspruch entstanden ist. Insofern wäre auf der Rechtsfolgenreite ein Ermessen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, welche konkrete Hilfe er

⁶⁶ So Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 18.

erbringt, von vornherein ausgeschlossen. Es bestünde dann im Falle eines Rechtsstreits über eine von den Anspruchsinhabern gewünschte, vom öffentlichen Jugendhilfeträger jedoch nicht bewilligte Hilfe vor dem Verwaltungsgericht eine grundsätzlich⁶⁷ uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts hinsichtlich der behördlichen Entscheidung. Die Zuordnung der Kriterien der Notwendigkeit und Eignung zum Tatbestand bzw. zur Rechtsfolge hat damit (auch) Auswirkungen auf die Frage nach der Möglichkeit von Ermessensfreiräumen des öffentlichen Jugendhilfeträgers und damit auf die gerichtliche Kontrolldichte in verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII.

2.1.2 Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als Kriterien der Rechtsfolge?

Betrachtet man dagegen die im letzten Satzteil der Norm genannten Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe nicht als Tatbestandsvoraussetzung, sondern als Teil der Rechtsfolge, so bestünde der Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII ausschließlich darin, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Bei Vorliegen dieser einzigen Voraussetzung wäre ein Anspruch nach § 27 Abs. 1 SGB VIII gegeben. Rechtsfolge wäre dann ein Anspruch des Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung. Diese würde dahin konkretisiert, dass sie für die Entwicklung des Kindes geeignet und notwendig sein muss.⁶⁸ Auch bei einer solchen Auslegung bliebe Raum für die Annahme einer Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen geeigneten und notwendigen Hilfen auf der Rechtsfolgenseite, da eine Konkretisierung des Anspruchs auf Hilfe auf der Tatbestandsebene bei dieser Auslegung nicht erfolgen kann. Eine solche „Auswahl“ zwischen verschiedenen infrage kommenden Hilfen auf der Rechtsfolgenseite eröffnet wieder die Überlegung, ob Ermessen des öffentlichen Jugendhilfeträgers bei der Entscheidung über die im Einzelfall konkret zu erbringende Hilfe besteht. In diesem Fall wäre die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Entscheidung gemäß § 114 VwGO auf die Frage beschränkt, ob das Jugendamt ermessensfehlerhaft entschieden hat.⁶⁹ In diesem Fall bestünden also für die Anspruchsinhaber deutlich eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten.

⁶⁷ Zur Problematik eventueller Entscheidungsfreiräume des öffentlichen Jugendhilfeträgers bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ausführlich Kapitel 8.

⁶⁸ Maas, RsDE 25, 1 ff.; ders., ZfJ 1997, 70, 75.

⁶⁹ Lakies, ZfJ 1996, 451, 455.

2.1.3 Eignung und Notwendigkeit als Kriterien sowohl des Tatbestandes als auch der Rechtsfolge?

Als dritte Auslegungsvariante könnten schließlich die Begriffe der Notwendigkeit und Eignung sowohl als Kriterien des Tatbestandes als auch der Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 SGB VIII betrachtet werden.⁷⁰ Nach dieser Auslegung wäre der Tatbestand der Norm erfüllt, wenn eine dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und Hilfe zur Erziehung zur Behebung des Erziehungsdefizits generell geeignet und notwendig ist. Innerhalb der Rechtsfolge wäre dann ein Anspruch des Personensorgeberechtigten auf eine geeignete und notwendige Form der Hilfe gegeben. Auch bei dieser Auslegungsvariante gäbe es keine abschließende Konkretisierung der zu erbringenden Hilfe auf der Tatbestandsseite. Auf dieser Ebene wäre lediglich erforderlich, dass Hilfe zur Erziehung generell in dem vorliegenden Fall geeignet und notwendig ist.⁷¹ Auch hier bestünde also wieder die Möglichkeit einer Auswahl zwischen mehreren geeigneten und notwendigen Hilfen im Rahmen der Rechtsfolge. Somit wäre auch hier die Möglichkeit eines Ermessens des öffentlichen Jugendhilfeträgers gegeben. Im Ergebnis besteht insofern kein Unterschied zu der Auslegung, nach der die Begriffe „*geeignet und notwendig*“ ausschließlich der Rechtsfolge zuzuordnen sind.

2.2 Die Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII hinsichtlich der Einteilung in Tatbestand und Rechtsfolge

Eine deutliche Trennung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist aus Gründen der Rechtsklarheit erforderlich. Insbesondere kann die Zuordnung der Kriterien der Eignung und Notwendigkeit zum Tatbestand oder zur Rechtsfolge im Hinblick auf den Umfang der gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Jugendamts praktische Auswirkungen für die Rechtsstellung der Leistungsberechtigten nach sich ziehen.⁷²

Im Wege der Auslegung ist es erforderlich, sich in Anbetracht der verschiedenen möglichen Bedeutungen des auszulegenden Textes argumentativ für eine Bedeutung zu entscheiden.⁷³ Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist nach der „objektiven“ Theorie⁷⁴ der in ihr zum Ausdruck gekommene objektivierte

⁷⁰ Münder 1991; 29; ders., ZfJ 1991, 285, 290.

⁷¹ Münder, ZfJ 1991, 285, 290.

⁷² Lakies, ZfJ 1996, 451, 455.

⁷³ Larenz 1991, 204.

⁷⁴ Demgegenüber hat die „subjektive“ Methode, die auf den historischen Willen des Gesetzgebers abstellt, seit Mitte des 20. Jahrhunderts an Zustimmung verloren.

Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist.⁷⁵ Der Feststellung dieses zum Ausdruck gekommenen objektivierten Willens des Gesetzgebers dienen verschiedene Auslegungsmethoden.⁷⁶ Im Einzelnen sind dies die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatikalische Auslegung), ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), dem Zweck (teleologische Auslegung) sowie der aus den Gesetzesmaterialien zu erschließenden Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung). Dabei schließen die verschiedenen Auslegungsmethoden einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig.⁷⁷

2.2.1 Grammatikalische Auslegung

Die grammatikalische oder philologische Auslegung gilt dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift; sie ist nach allgemeiner Auffassung Ausgangspunkt jeder Auslegung,⁷⁸ da davon ausgegangen werden kann, dass mit einem Gesetz die Regelung erreicht werden soll, die sich aus seinem Wortsinn ergibt.⁷⁹ Jegliche Auslegung hat sich im Rahmen des möglichen Wortsinns der Norm zu bewegen.⁸⁰ Bei der Ermittlung des Wortsinns einer Norm erfolgt die Auslegung anhand der Regeln der Grammatik sowie auf der Grundlage der sonstigen sprachlichen Aspekte, hierbei insbesondere auf der Grundlage der Erfahrungen über den Sprachgebrauch.⁸¹ Während die semantische Interpretation nach dem Wortsinn fragt,⁸² untersucht die syntaktische Auslegung die Beziehung der vorliegenden Begriffe untereinander.⁸³ Im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist nicht der Wortsinn der einzelnen sprachlichen Bestandteile unklar, sondern die Beziehung der einzelnen Satzteile zueinander. Heranzuziehen ist also die syntaktische Auslegung.

Die Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII anhand seines Wortlauts, speziell anhand der Syntax des Satzes und der darin verwendeten Worte „*geeignet und notwendig*“, spricht für eine Zuordnung des letzten Satzteils zum Tatbestand der Norm. Das

⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 21. Mai 1952 – 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299, 312; Beschluss vom 17. Mai 1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, BVerfGE 11, 126, 129; Beschluss vom 19. Juni 1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263, 278.

⁷⁶ Zum Kanon der Auslegungsmethoden von Savigny 1840, 213 f.; Larenz 1991, 307.

⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 17. Mai 1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, BVerfGE 11, 126, 129.

⁷⁸ Fikentscher 1976, 670; Larenz 1991, 305.

⁷⁹ BGH, Beschluss vom 21. Mai 1974 – GSZ 2/72, BGHZ 62, 340, 346; Larenz 1991, 320, 345.

⁸⁰ Zippelius 1999, 48; zur Bedeutung der semantischen Grenze für die juristische Methodik Klatt 2005, 343, 345 ff.

⁸¹ Bydlinski 1991, 437; Larenz 1991, 305 f.

⁸² Blasius/Büchner 1984, 160; Koch/Rüßmann 1982, 152.

⁸³ Blasius/Büchner 1984, 160; Fikentscher 1976, 672; ders., 1977, 362; Koch/Rüßmann 1982, 152.

Gesetz sagt gerade nicht: *„Ein Personensorgeberechtigter hat bei der Erziehung eines Kindes oder eines Jugendlichen Anspruch auf geeignete und notwendige Hilfe, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist.“* Die Attribute der Eignung und Notwendigkeit werden also sprachlich nicht dem Anspruch als Rechtsfolge zugeordnet. In der Norm ist vielmehr der Satzteil *„und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist“* in Form einer Aufzählung an das eindeutige Tatbestandsmerkmal *„wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist“* angefügt. Dies spricht dafür, dass es sich bei den Merkmalen der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe um weitere Tatbestandsvoraussetzungen handelt.⁸⁴

Aus der Stellung der einzelnen Bestandteile des Satzes zueinander ergibt sich zugleich ein weiterer grammatikalischer Auslegungshinweis: Die Norm beginnt mit der Bezeichnung der Rechtsfolge, nämlich: *„Ein Personensorgeberechtigter hat bei der Erziehung eines Kindes oder eines Jugendlichen Anspruch auf Hilfe (Hilfe zur Erziehung)“* und nennt anschließend die Tatbestandsvoraussetzungen, nämlich das Vorliegen einer dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen nicht entsprechende Erziehung und einer geeigneten und notwendigen Hilfemöglichkeit. Demgegenüber wäre es sprachlich fernliegend, die Bestimmung der Rechtsfolgen der Norm zwischen Beginn und Ende des Satzes aufzuteilen und als trennendes Element dazwischen die Tatbestandsvoraussetzung anzuführen.

Der Umstand, dass die Attribute der Eignung und Notwendigkeit in § 27 Abs. 1 SGB VIII nur einmal genannt werden, spricht ferner gegen eine Zuordnung sowohl zum Tatbestand als auch zur Rechtsfolge. Der übliche Aufbau eines Leistungsgesetzes enthält zumindest eine Tatbestandsvoraussetzung und eine Rechtsfolge und ermöglicht eine Abgrenzung zwischen diesen Elementen. Ein in der Norm genanntes Merkmal ist daher entweder Teil des Tatbestandes oder der Rechtsfolge. Eine derartige eindeutige Zuordnung – mag sie auch im Einzelfall umstritten sein – ist im Interesse der Rechtsklarheit erforderlich. Soll ein Merkmal innerhalb derselben Norm sowohl Teil des Tatbestandes als auch der Rechtsfolge sein, setzt dies somit eine Formulierung voraus, die eine solche doppelte Bedeutung eindeutig erkennen lässt. Eine solche ist in § 27 Abs. 1 SGB VIII nicht vorhanden.

⁸⁴ So auch *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 5.

Die grammatikalische Auslegung führt somit zu dem Ergebnis, dass Eignung und Notwendigkeit der Hilfe ausschließlich als Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch nach § 27 Abs. 1 SGB VIII zu werten sind.

2.2.2 Systematische Auslegung

An nächster Stelle ist das Mittel der systematischen Auslegung von Bedeutung. Hier steht die systematische Stellung der auszulegenden Regelung im Kontext der gesamten Rechtsordnung im Vordergrund. Ausgangspunkt dieser Auslegung ist der Gedanke, dass die Rechtsordnung ein logisches, in sich stimmiges und widerspruchsfreies Ganzes ist.⁸⁵ Die systematische Auslegung ermittelt den Sinn einer Norm aus deren Bedeutungszusammenhang im Rahmen der gesetzlichen Gesamtregelung. Dabei schließt sie vom Gesetzesaufbau auf den Inhalt einer gesetzlichen Regelung.⁸⁶ Als Auslegungsmaterial dient dabei der über die auszulegende Norm hinausgehende Inhalt des anzuwendenden Gesetzes bzw. anderer in dem Zusammenhang aufschlussreicher Regelungen. Diese werden nach den Regeln der Logik und dem üblichen Aufbau von Normensystemen betrachtet.⁸⁷ Es ist also die Stellung der auszulegenden Norm in ihrem normativen Umfeld, bei Gesetzen also des jeweiligen Gesetzes, heranzuziehen. Zu betrachten sind hier das SGB VIII als Spezialgesetz für das Kinder- und Jugendhilferecht und das SGB als Gesamtregelung des Sozialrechts als Ganzes.

Hier fallen hinsichtlich des § 27 Abs. 1 SGB VIII in erster Linie § 27 Absätze 2 und 3 SGB VIII ins Gewicht. Gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII wird Hilfe zur Erziehung insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 SGB VIII gewährt. Art und Umfang der Hilfe richten sich nach § 27 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall, wobei das engere soziale Umfeld des Kindes oder des Jugendlichen in die Beurteilung einbezogen werden soll. Nach § 27 Abs. 3 SGB VIII umfasst Hilfe zur Erziehung insbesondere die pädagogischen und damit verbundenen therapeutischen Leistungen. Die Hilfe soll bei Bedarf Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen im Sinne des § 13 Abs. 2 SGB VIII einschließen. In den auf § 27 Abs. 1 SGB VIII folgenden Absätzen und in der beispielhaften Aufzählung verschiedener infrage

⁸⁵ FG Düsseldorf, Urteil vom 06. März 2001 – 6 K 332/98 K, F, AO, juris Rz. 50 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 04. Juli 1989 – 1 BvR 1460/85, BVerfGE 80, 269, 279; *Trenczek* in *Trenczek* u.a. 2014, 139.

⁸⁶ *Fikentscher* 1976, 672; *ders.*, 1977, 362; *Koch/Rüßmann* 1982, 166 ff.; *von Savigny* 1840, 214.

⁸⁷ *Bydlinski* 1991, 442.

kommender standardisierter Hilfeformen in den §§ 28 bis 35 SGB VIII ist nach systematischer Auslegung eine konkretisierende Beschreibung der zu gewährenden Hilfen und damit eine Regelung der Rechtsfolge enthalten. Insbesondere aus der Aussage des § 27 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII, dass sich Art und Umfang der Hilfe nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten, ergibt sich die Verpflichtung für die Rechtsfolgenseite, Eignung und Notwendigkeit der Hilfe festzulegen: Damit ein Bedarf für die Hilfe besteht, muss diese sowohl geeignet als auch erforderlich sein. Deshalb wäre es überflüssig, die Kriterien erneut in § 27 Abs. 1 SGB VIII auf der Rechtsfolgenseite zu benennen. Eine Anweisung würde jedoch als überflüssig erscheinen, wenn ihr Inhalt so verstanden würde, dass sich die Rechtsfolge bereits aus einer anderen Norm ergibt. Eine solche Auslegung ist daher aus systematischen Gründen zu vermeiden.⁸⁸ In seltenen Fällen mag es mangels einer begründbaren Auslegungsalternative feststehen, dass das Gesetz in einem bestimmten Zusammenhang eine Regelung zur Verdeutlichung lediglich wiederholt, die es ohnehin schon anderweitig angeordnet hat.⁸⁹ Im Falle des § 27 Abs. 1 SGB VIII besteht aber die begründbare Auslegungsalternative, den in Rede stehenden Satzteil und damit die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe der Tatbestandsseite der Norm zuzuordnen, woraus sich ein eigenständiger Sinn ergibt. Dieser liegt darin, dass der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nur dann entsteht, wenn diese im konkreten Fall zur Verbesserung der erzieherischen Situation notwendig und geeignet ist. Eine Auslegung der Norm im Sinne einer Zuordnung der Begriffe der Eignung und Notwendigkeit zur Rechtsfolgenseite – etwa aus Klarstellungsgründen – ist damit abzulehnen. Dies betrifft sowohl die Auslegungsvariante einer ausschließlichen Zuordnung zur Rechtsfolgenseite als auch die einer kumulativen Zuordnung sowohl zum Tatbestand als auch zur Rechtsfolge.

Systematische Auslegungshinweise können sich auch aus vergleichbaren Normierungen anderer Gesetze ergeben. Im Zusammenhang mit § 27 Abs. 1 SGB VIII kommt die Regelung des Anspruchs auf Krankenbehandlung nach den §§ 27 ff. SGB V infrage. Da es sich dabei ebenfalls um eine Bestimmung des Sozialrechts handelt, sind die Normen für einen Vergleich mit der Regelung der Hilfe zur Erziehung im Kinder- und Jugendhilferecht grundsätzlich geeignet.

⁸⁸ Bydlinski 1991, 445.

⁸⁹ Bydlinski 1991, 445.

Grundnorm des Anspruchs der krankenversicherten Personen auf Krankenbehandlung ist § 27 SGB V.⁹⁰ Nach § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, „*wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern*“. In Satz 2 werden die einzelnen Inhalte der Krankenbehandlung angeführt. Eine Vielzahl einzelner Leistungen wird anschließend in den §§ 27a bis 43a SGB V beschrieben. Auch hinsichtlich der Struktur der Normierung ergibt sich soweit eine Parallele zur Regelung der Hilfen zur Erziehung im SGB VIII, wo auf die Grundnorm des § 27 eine Auflistung verschiedener standardisierter Hilfen in den §§ 28 bis 35 SGB VIII folgt.

Im Rahmen des SGB V ist die konkret zu erbringende Krankenbehandlung nicht im Wege der Ermessensausübung, sondern anhand der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zu bestimmen.⁹¹ Das Merkmal der Notwendigkeit der Krankenbehandlung – die Behandlungsbedürftigkeit – in § 27 Abs. 1 SGB V ist nach einhelliger Ansicht Tatbestandsmerkmal der Norm.⁹² Aufgrund der dargestellten Gemeinsamkeiten könnte eine parallele Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII angezeigt sein. Diese würde für eine Zuordnung der Kriterien der Eignung und Notwendigkeit zum Tatbestand der Norm sprechen. Die Regelungen zur Krankenbehandlung unterscheiden sich insofern von der Normierung der Hilfe zur Erziehung, als dass einige Regelungen der §§ 27a bis 43a SGB V selbst ausdrücklich als Anspruchsnormen ausgestaltet sind. Allerdings enthält § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V als Anspruchsrahmen eine allgemeine Anspruchsgrundlage für alle in den nachfolgenden Vorschriften im Einzelnen geregelten Leistungen der Krankenbehandlung.⁹³ Die Regelung ist als Grundnorm des Leistungsrechtes des SGB V zu begreifen, da in ihr der Anspruch auf Krankenbehandlung begründet wird. Der Norm kommt übergreifende Bedeutung zu, indem sie mit den Kriterien des bestehenden Versicherungsverhältnisses, dem Vorliegen einer Krankheit und der Notwendigkeit ihrer Behandlung Leistungsvoraussetzungen benennt, die stets gegeben sein müssen.⁹⁴ Für alle ärztlichen und zahnärztlichen Behandlungen mit Ausnahme von kieferorthopädischer Behandlung und Zahnersatz, für die ausdrückliche Ansprüche in §§ 29 und 55 SGB V geregelt sind,

⁹⁰ Ausführlich *Eichenhofer*, SGB 1994, 501 ff.

⁹¹ *Wagner* in *Krauskopf* 2016 § 27 Rz. 25.

⁹² *Nebendahl* in *Spickhoff* 2014 § 27 Rz. 11; *Waltermann* in *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann* 2015 § 27 Rz. 1; *Lang* in *Becker/Kingreen* 2014 § 27 Rz. 31 f.

⁹³ BSG, Urteil vom 20. März 1996 – 6 RKA 62/94, BSGE 78, 70 ff.

⁹⁴ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG), BT-Drucks. 11/2237, 170; *Lang* in *Becker/Kingreen* 2014 § 27 Rz. 2.

und von Maßnahmen der künstlichen Befruchtung, für die sich eine Spezialregelung in § 27a SGB V findet, sind § 27 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 2 Nr. 1 und 2 sowie § 28 SGB V die maßgeblichen Anspruchsgrundlagen.⁹⁵

Die Regelungen zur Krankenbehandlung in §§ 27 ff. SGB V erweisen sich daher insofern als strukturell vergleichbar mit dem Regelungsbereich der Hilfe zur Erziehung in §§ 27 ff. SGB VIII. Die Auslegung des § 27 SGB V in Tatbestand und Rechtsfolge lässt sich somit auf § 27 Abs. 1 SGB VIII übertragen.⁹⁶

Im Ergebnis spricht damit auch die systematische Auslegung für eine ausschließliche Zuordnung der Merkmale der Eignung und Notwendigkeit zum Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII.

2.2.3 Objektiv-teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung fragt nach dem Sinn und Zweck einer Norm. Dabei stellt die subjektiv-teleologische oder historische Auslegung⁹⁷ auf den ursprünglich vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck ab.⁹⁸ Demgegenüber geht die objektiv-teleologische Auslegung davon aus, dass sich das Gesetz verselbständigt und einen objektiven Zweck verfolgt, der sich von den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers unterscheiden kann.⁹⁹

Ziel einer teleologischen Auslegung ist es, zu ermitteln, welche Auslegung diesen Zweck des Gesetzes am besten verwirklicht. Aus diesem Grund sind alle voraussichtlichen Folgen zu berücksichtigen, die sich aus den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ergeben.¹⁰⁰

Zur Ermittlung des Zwecks einer Norm ist auch höherrangiges Recht zu berücksichtigen, speziell sind verfassungsrechtliche Vorgaben erheblich.¹⁰¹ Die Verfassungsnormen haben im Verhältnis zum einfachen Gesetz einen höheren Rang. Die einfachgesetzliche Norm muss daher im Einklang mit den Verfassungsnormen stehen. Wertentscheidungen des Grundgesetzes sind in das einfache Recht zu übertragen.¹⁰² Verfassungsnormen sind somit als inhaltliche Leitprinzipien der betreffen-

⁹⁵ Nolte in KassKomm § 27 SGB V Rz. 6.

⁹⁶ A.A. Mrozynski, ZfJ 1999, 467, 468.

⁹⁷ Dazu 2.2.4

⁹⁸ von Savigny, 1840, 213.

⁹⁹ BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 1974 – 2BvN 1/69, juris Rz. 46: „Das Gesetz kann eben klüger sein als die Väter des Gesetzes“; zur Kritik an der Vorstellung von einem „objektiven“ Zweck Rüthers 2008 Rz. 797, 808.

¹⁰⁰ Bydlinski 2012, 36.

¹⁰¹ Bydlinski 2012, 54.

¹⁰² Trenczek in Trenczek u.a. 2014, 140.

den unterverfassungsrechtlichen Norm zu behandeln. Die Verwirklichung der Inhalte und Ziele einer einschlägigen verfassungsrechtlichen Regelung ist daher auch als ein Zweck der einfachgesetzlichen Regelung anzuerkennen.

Die Zuordnung der Kriterien der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe zum Tatbestand oder zur Rechtsfolge der Norm hat Einfluss darauf, ob dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei der Entscheidung über die konkret zu gewährende Hilfe Ermessen zustehen kann. Bei der Frage, ob eine Norm als Ermessens- oder gebundene Entscheidung anzusehen ist, spielt zunächst das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG eine Rolle. Die Rechtsstellung des Anspruchsinhabers ist am stärksten, wenn er sich auf eine Anspruchsnorm berufen kann, die eine gebundene Entscheidung der Behörde fordert. Dies ergibt sich aus der im Regelfall bestehenden umfassenden richterlichen Kontrollkompetenz im Falle eines Rechtsstreits. Demgegenüber ist die Rechtsstellung der Anspruchsinhaber deutlich geringer, wenn ihm die Norm, auf die er sich stützt, lediglich einen Anspruch auf eine Ermessensentscheidung der handelnden Behörde einräumt. Hier reduziert sich der Anspruch auf das Recht auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde und nur so weit reicht nach § 114 VwGO auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle der Entscheidung der Exekutive. Aus diesem Grund spricht das Rechtsstaatsprinzip dagegen, eine Norm im Zweifel in Richtung auf ein behördliches Ermessen auszulegen.

Einen derartigen Auslegungshinweis enthält auch § 38 SGB I, der als allgemeine Regelung des Sozialgesetzbuchs auch für das SGB VIII Anwendung findet. Hiernach besteht auf Sozialleistungen ein Anspruch, soweit nicht nach den besonderen Teilen des SGB die Leistungsträger ermächtigt sind, bei der Entscheidung über die Leistung nach ihrem Ermessen zu handeln. Damit enthält § 38 SGB I eine generelle Vermutung für Pflichtentscheidungen und lässt demgegenüber Ermessensentscheidungen nur als Ausnahme zu (vgl. § 39 SGB I). Auch hieraus ergibt sich ein Vorrang gebundener Verwaltungsentscheidungen im Verhältnis zu Ermessensentscheidungen.

Als höherrangiges Recht sind auf der Verfassungsebene auch Grundrechte bei der Auslegung einfachgesetzlicher Regelungen heranzuziehen. Der Zweck der Hilfe zur Erziehung liegt darin, Eltern bei ihrer Erziehungstätigkeit zu unterstützen. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist daher in erster Linie Art. 6 Abs. 2 GG von Bedeutung. Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind *„Pflege und Erziehung der Kinder ... das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“*. Es besteht somit ein verfassungsrechtlich eingeräumter und garantierter Vorrang des elterlichen

Erziehungsrechts. Dieser Vorrang spricht dafür, § 27 Abs. 1 SGB VIII in einer Weise auszulegen, die Raum lässt für eine möglichst umfassende Berücksichtigung der elterlichen Wünsche im Zusammenhang mit der Hilfegewährung.

Ordnet man die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe der Rechtsfolge der Norm zu, so spräche dies am ehesten für ein behördliches Ermessen bei der Auswahl der Hilfe.¹⁰³ Unter diesem Aspekt wird die Ansicht vertreten, eine Zuordnung der Merkmale der Eignung und Notwendigkeit zur Rechtsfolge sei zur Berücksichtigung der Elterninteressen besser geeignet als eine Zuordnung zum Tatbestand.¹⁰⁴ Es wird damit argumentiert, dass im Falle einer Ermessensentscheidung die Vorstellungen und Wünsche der Eltern als Ermessensgesichtspunkte Berücksichtigung finden könnten. Betrachte man die Begriffe hingegen als Tatbestandsmerkmale, so erfolge ihre Anwendung im Wege der Subsumtion durch den öffentlichen Jugendhilfeträger. Eine Berücksichtigung der Wünsche der Leistungsberechtigten sei dabei nicht möglich und diese Auslegung sei insofern ungünstiger für die Leistungsberechtigten als die Annahme eines behördlichen Ermessens.¹⁰⁵ Zudem werde mit einer Zuordnung der Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe zum Tatbestand der zu regelnde Lebenssachverhalt des erzieherischen Bedarfs ausgehend von den gesetzlich zur Verfügung gestellten Kompensationsmöglichkeiten, nämlich den möglichen Hilfen, interpretiert. Dies liefe auf eine Vermischung von Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolge hinaus, die eine unzulässige Beschränkung des Tatbestandes darstellen würde.¹⁰⁶

Diese Auffassung begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass die Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale einer Norm anhand objektiver Kriterien erfolgt und keinen Raum lässt für die Wünsche der Leistungsberechtigten.¹⁰⁷ Bei der speziellen Norm des § 27 Abs. 1 SGB VIII stellt sich die Rechtslage jedoch anders dar: Die Eignung einer Hilfe zur Unterstützung der Erziehungstätigkeit setzt voraus, dass diese von den Beteiligten gewünscht wird. Ob und inwieweit eine Hilfe im Einzelfall günstige Bedingungen für die Entwicklung eines Kindes oder Jugendlichen bietet, hängt in erheblichem Maße

¹⁰³ S. 2.1.

¹⁰⁴ I.E. Mrozynski, ZfJ 1999, 467, 468.

¹⁰⁵ Mrozynski, ZfJ 1999, 467, 469.

¹⁰⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 25a.

¹⁰⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1982 – 5 C 85/80, FEVS 31, 221, 224.

auch von den Einstellungen der Eltern und des Minderjährigen ab.¹⁰⁸ Die Leistungsberechtigten sind insofern „Mitproduzenten“ des Ergebnisses der Hilfe. Eine Hilfe, die von den Leistungsberechtigten nicht gebilligt wird, dürfte vergeblich sein. Selbst wenn sich Personensorgeberechtigte jedoch – formal – dahin entscheiden, eine Hilfe anzunehmen, die nicht ihren Wünschen entspricht,¹⁰⁹ wird ihre Mitwirkung bei dieser Hilfe in aller Regel zurückhaltender und weniger intensiv sein, als dies bei einer von ihnen gewünschten Hilfe der Fall wäre. Die Übereinstimmung einer Hilfe mit den Wünschen der Leistungsberechtigten ist damit ein wichtiges Erfolgskriterium. Die Bedeutung des Einverständnisses der Betroffenen lässt sich auch an den Verfahrensregelungen erkennen, die insbesondere mit den Beteiligungsrechten des § 36 SGB VIII sowie dem Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII eine möglichst weitgehende Berücksichtigung der Wünsche der Leistungsberechtigten sicherstellen sollen.

Die Eignung einer Hilfe hängt somit auch von deren Akzeptanz durch die Betroffenen ab. Daher sind die Wünsche und Interessen der Eltern bei der Frage nach der Eignung einer Hilfe im Wege der Subsumtion zu berücksichtigen. Obwohl es sich dabei um subjektive Vorstellungen handelt, werden sie durch ihren Einfluss auf die Eignung der Hilfe zu Aspekten, die als (objektive) Kriterien der Eignung bei der Subsumtion durch den öffentlichen Jugendhilfeträger zwingend zu berücksichtigen sind. Dies ergibt sich daraus, dass Hilfe zur Erziehung auf Kooperation mit den Eltern angelegt ist. Bei sozialen Dienstleistungen hängt die Erreichung der Ziele regelmäßig von der Kooperation mit dem Leistungsberechtigten ab.¹¹⁰ Eine Hilfe, die den Wünschen und Interessen der Eltern möglichst weitgehend entspricht, wird von ihnen mit hoher Wahrscheinlichkeit auch unterstützt. Damit sind ihre Erfolgsaussichten höher als die einer Hilfe, die nicht die Akzeptanz der Eltern findet. Die Übereinstimmung einer Hilfe mit den Wünschen der Betroffenen und somit auch der Eltern hat also Einfluss auf die Eignung der Hilfe und ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen. Es ergibt sich somit bei der Zuordnung der Merkmale der Eignung und Notwendigkeit zur Tatbestandsseite der Norm kein Nachteil hinsichtlich der Berücksichtigung der elterlichen Interessen.

¹⁰⁸ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 30.

¹⁰⁹ Zum Aspekt der oft nur formalen Freiwilligkeit vgl. 6.1.1.

¹¹⁰ Eichenhofer 2004, 168, 175 f.

Darüber hinaus widerspricht eine Auslegung, die im Interesse der Anspruchsinhaber eine gebundene Entscheidung ablehnt, dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen im Hinblick auf die Rechtsstellung des Anspruchsinhabers.

Auch eine Beschränkung des Tatbestandes durch die Interpretation des erzieherischen Bedarfs anhand der zur Verfügung stehenden Rechtsfolgen ist nicht gegeben. Nach § 27 Abs. 2 SGB VIII wird Hilfe zur Erziehung insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 gewährt, wobei sich Art und Umfang nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten. Es gibt somit kein abschließend vorgegebenes Spektrum von Rechtsfolgen, sondern aus dem Begriff „*insbesondere*“ folgt, dass die Entwicklung neuer Hilfetypen möglich ist.¹¹¹ Als Ausgangspunkt der Entscheidung über die konkrete Hilfe im Einzelfall ist ausdrücklich der erzieherische Bedarf des Kindes oder des Jugendlichen benannt. Dessen Feststellung wird nicht dadurch eingeengt, dass im nächsten Schritt auf Tatbestandsebene auch Eignung und Notwendigkeit der Hilfe zu prüfen sind.

Die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung der elterlichen Wünsche im Zusammenhang mit der Hilfegewährung spricht somit im Rahmen der teleologischen Auslegung gegen die Zuordnung der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe zur Rechtsfolge.

Neben verfassungsrechtlichen Erwägungen spricht auch der Sinn und Zweck der Attribute „*geeignet und notwendig*“ selbst für eine Zuordnung zum Tatbestand und gegen eine Zuordnung zur Rechtsfolge. Als Bestandteile der Rechtsfolge wären sie überflüssig, da eine Hilfe ohnehin nur bei Eignung und Notwendigkeit infrage kommt.¹¹² Hingegen ergeben die Attribute der Eignung und Notwendigkeit als Teile des Tatbestandes einen Sinn.¹¹³ Der Rechtsanspruch nach § 27 Abs. 1 SGB VIII entsteht nicht bereits, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist, sondern erst, wenn (staatliche) Hilfe zur Erziehung sowohl geeignet als auch notwendig ist, um das Erziehungsdefizit zu beheben. Der Anspruch entsteht also nicht bei einer Mangelsituation, die mit dem

¹¹¹ Ausführlich Kapitel 6.

¹¹² So auch *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 25a, allerdings mit der Folgerung, gerade deshalb seien Eignung und Notwendigkeit der Rechtsfolge zuzuordnen.

¹¹³ A.A. *Maas*, ZfJ 1997, 70, 75, der eine eigenständige inhaltliche Bedeutung der Begriffe der Eignung und Notwendigkeit als Anspruchsvoraussetzungen verneint.

sozialpädagogischen Instrumentarium der Jugendhilfe nicht zu beheben ist,¹¹⁴ so z.B. bei einer rein materiellen Mangelsituation.¹¹⁵ In diesem Fall ist eine erzieherische Hilfe zur Behebung des Mangels ungeeignet. Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung entsteht ebenfalls nicht, wenn der Personensorgeberechtigte zur Behebung der Mangelsituation aus eigener Kraft in der Lage ist.¹¹⁶ In dieser Situation fehlt es an der Notwendigkeit der Hilfe. Durch die Betonung der Eignung in § 27 Abs. 1 SGB VIII wird klargestellt, dass der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nur besteht, falls die Mangelsituation durch das sozialpädagogische Instrumentarium der Jugendhilfe auch tatsächlich günstig beeinflusst werden kann.¹¹⁷ Das Merkmal der Erforderlichkeit bedeutet, dass ein Anspruch nur besteht, falls die Gewährleistung einer dem Wohl des Minderjährigen entsprechenden Erziehung durch die Anspruchsinhaber oder andere in ihrem Umfeld befindliche Personen nicht möglich ist. Wären die Notwendigkeit und Eignung der Hilfe dagegen erst auf der Rechtsfolgenreite zu berücksichtigen, so entstünde der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung in jedem Fall, in dem eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit schränken demgegenüber als zusätzliche Tatbestandsmerkmale den Kreis der Leistungsberechtigten ein und erfüllen darin ihren eigenständigen Sinn.

Darüber hinaus ergibt auch der Vergleich der beiden genannten Auslegungsvarianten, dass die Einschränkung der Leistungsberechtigung auf die Fälle, in denen Hilfe zur Erziehung geeignet und notwendig ist, den Kreis der Anspruchsberechtigten sinnvoll einschränkt. Bei einer Auslegung, die die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit im Rahmen der Rechtsfolge zur Geltung kommen ließe, wäre einziges Tatbestandsmerkmal, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Da gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII der Personensorgeberechtigte einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung *hat*, wäre zwingend Hilfe zur Erziehung zu leisten, wann immer eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gesichert ist. Falls das Kriterium der Erforderlichkeit nicht bereits auf Tatbestandsseite Berücksichtigung findet, könnte der Anspruch auch entstehen, wenn die Hilfe nicht erforderlich ist, sich die Betroffenen also selbst helfen könnten. Dies würde damit kollidieren, dass als Rechtsfolge nur eine erforderliche

¹¹⁴ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 23.

¹¹⁵ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 8.

¹¹⁶ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 12; a.A. Kunkel, ZfJ 1998, 205, 206, der in diesem Fall schon verneint, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist.

¹¹⁷ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 23.

Hilfe geleistet werden dürfte. Auch das Merkmal der Eignung würde zu Schwierigkeiten führen: Fände sich auf Rechtsfolgenseite keine geeignete Hilfe, so wäre zwar zunächst ein Anspruch entstanden, der aber mangels geeigneter Hilfsmöglichkeit leerlaufen würde.

Eine Gegenmeinung, die die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Rechtsfolgenseite zuordnet, argumentiert mit der speziellen Begrifflichkeit in dem in Rede stehenden Satzteil. Sie kommt zu dem Schluss, dass der betreffende Satzteil der Rechtsfolgenseite angehören müsse, weil die Formulierung „*geeignet und notwendig*“ impliziere, dass es sich hier um Aspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handele,¹¹⁸ der im Rahmen des Ermessens und damit auf der Rechtsfolgenseite zu beachten ist. Zutreffend ist, dass die Eignung und Erforderlichkeit einer Maßnahme im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine zentrale Rolle spielen. Die Verhältnismäßigkeit betrifft dabei stets das „Wie“, besagt aber nichts über das „Ob“ einer Maßnahme. Die Erwähnung der Kriterien wäre jedoch überflüssig, da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anerkanntermaßen¹¹⁹ als Ausdruck der Grundrechte bzw. des Rechtsstaatsprinzips¹²⁰ gerade ungeschrieben gilt. Neben diesem formellen Grund begegnet die Argumentation mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch aus materiell-rechtlichen, inhaltlichen Gründen erheblichen Bedenken. Unabhängig davon, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausprägung der Grundrechte¹²¹ oder des Rechtsstaatsprinzips¹²² begriffen wird, betrifft er die staatliche Eingriffsverwaltung.¹²³ Er trägt dem Umstand Rechnung, dass einerseits eine Einschränkung von Grundrechten zum Schutz anderer Rechtsgüter möglich sein muss, diese aber andererseits den grundrechtlichen Schutz des Einzelnen nicht konterkarieren darf. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt die Aufgabe zu, im Konflikt zwischen individuellen Rechten und kollektiven (staatlichen) Interessen sicherzustellen, dass die fundamentalen Rechte des Einzelnen nicht leer laufen.¹²⁴ Er findet somit dann Anwendung, wenn auf eine geschützte Rechtsposition negativ eingewirkt wird und

¹¹⁸ Maas, ZfJ 1997, 70, 75.

¹¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 1985 – 2 BvR 1145/83, BVerfGE 69, 161, 169.

¹²⁰ Grzeszick in Maunz/Dürig GG Art. 20 VII Rz. 108; Huster/Rux in BeckOK GG Art. 20 Rz. 190.

¹²¹ So etwa BVerfG, Urteil vom 12. Mai 1987 – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, BVerfGE 76, 1, 50 f. m.w.N.

¹²² So etwa BVerfG, Urteil vom 19. Oktober 1982 – 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80, BVerfGE 61, 126, 134; Urteil vom 24. April 1985 – 2 BvF 2/83, 2 BvF 3/83, 2 BvF 4/83, 2 BvF 2/84, BVerfGE 69, 1, 35; Beschluss vom 17. Juni 2004 – 2 BvR 383/03, BVerfGE 111, 54, 82.

¹²³ BVerfG, Urteil vom 12. Mai 1987 – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, BVerfGE 76, 1, 50 f.; Urteil vom 19. Oktober 1982 – 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80, BVerfGE 61, 126, 134.

¹²⁴ Huster/Rux in BeckOK GG Art. 20 Rz. 189 f.

stellt Anforderungen für die Rechtfertigung dieser Einwirkung auf, wenn zur Überprüfung der Angemessenheit des Eingriffs keine spezielleren Regelungen vorliegen.¹²⁵ Bei § 27 Abs. 1 SGB VIII als Grundlage der Hilfe zur Erziehung handelt es sich jedoch nicht um eine Eingriffsnorm, sondern um eine Anspruchsgrundlage für eine Sozialleistung.

Insofern führt auch die teleologische Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII zu dem Ergebnis, dass die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe dem Tatbestand und nicht der Rechtsfolge zuzuordnen sind.

2.2.4 Historische Auslegung

Die historische Auslegung untersucht die dem Gesetz selbst nicht oder nicht hinreichend entnehmbaren, ihm aber zugrunde liegenden Vorstellungen, Wertungen und Zwecke, soweit diese durch historische Forschung feststellbar sind.¹²⁶ Hierbei ist alles Material verwendbar, das möglicherweise Schlüsse auf diese Vorstellungen, Wertungen und Zwecke zulässt.¹²⁷ Hierunter fallen z.B. der rechtliche und faktische Zustand vor Erlassung der auszulegenden Norm, der Anlass für ihren Erlass, wissenschaftliche Äußerungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, insbesondere von Verfassern, die auch starken Einfluss auf die Ausarbeitung des Gesetzes gehabt haben,¹²⁸ sowie die gesamten Vorstufen des schließlich beschlossenen Gesetzes, wie wissenschaftliche Vorarbeiten, Vorentwürfe und deren Veränderung, fachliche oder parlamentarische Beratungen, etc.¹²⁹ In erster Linie stützt sich die historische Auslegung auf die vom Gesetzgeber gegebenen Begründungen.

Innerhalb der historischen Auslegung lässt sich im Hinblick auf den rechtlichen und faktischen Zustand vor Erlass der auszulegenden Norm zunächst die Rechtslage in Bezug auf vergleichbare Regelungen vor Inkrafttreten des SGB VIII im JWG als Vorgängergesetz betrachten. Hier waren als Hilfen für Kinder und Jugendliche, deren Entwicklung gefährdet oder geschädigt war bzw. bei denen von (drohender) „Verwahrlosung“ ausgegangen wurde, im Abschnitt VI des Gesetzes als mögliche

¹²⁵ Grzeszick in Maunz/Dürig GG Art. 20 VII Rz. 108.

¹²⁶ Fikentscher 1976, 674.

¹²⁷ Enger eine differenzierende Auffassung, nach der die historische Auslegung ausschließlich mit früheren Normtexten arbeitet, während die Heranziehung von Nicht-Normtexten, die die Entstehung der zu bearbeitenden Norm behandeln, als genetische Auslegung zu bezeichnen ist.

¹²⁸ Bydlinski 2012, 35.

¹²⁹ Bydlinski 1991, 449.

Hilfen die Erziehungsbeistandschaft, die Freiwillige Erziehungshilfe und die Fürsorgeerziehung geregelt. § 55 JWG besagte: *„Für einen Minderjährigen, dessen leibliche, geistige oder seelische Entwicklung gefährdet oder geschädigt ist, ist ein Erziehungsbeistand zu bestellen, wenn diese Maßnahme zur Abwendung der Gefahr oder zur Beseitigung des Schadens geboten und ausreichend erscheint.“* Zur Freiwilligen Erziehungshilfe regelte § 62 JWG: *„Einem Minderjährigen, der das 17. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und dessen leibliche, geistige oder seelische Entwicklung gefährdet oder geschädigt ist, ist Freiwillige Erziehungshilfe zu gewähren, wenn diese Maßnahme zur Abwendung der Gefahr oder zur Beseitigung des Schadens geboten ist und die Personensorgeberechtigten bereit sind, die Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe zu fördern.“* In § 64 JWG hieß es schließlich zur Fürsorgeerziehung: *„Das Vormundschaftsgericht ordnet für einen Minderjährigen, der das 17. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, Fürsorgeerziehung an, wenn sie erforderlich ist, weil der Minderjährige zu verwahrlosen droht oder verwahrlost ist. Fürsorgeerziehung darf nur angeordnet werden, wenn keine ausreichende andere Erziehungsmaßnahme gewährt werden kann.“* Als Voraussetzung für alle drei Hilfen wurde jeweils im Gesetz formuliert, dass die Hilfe geboten bzw. erforderlich sein musste. Bei diesen Begriffen handelte es sich um Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Normen.¹³⁰ Speziell für die Fürsorgeerziehung wurde in § 64 Satz 2 JWG geregelt, dass die Anordnung nur erfolgen durfte, wenn keine ausreichende andere Erziehungsmaßnahme gewährt werden kann, wenn also Fürsorgeerziehung erforderlich war. Auch das Merkmal der Erforderlichkeit war unzweifelhaft Voraussetzung für die Fürsorgeerziehung und damit Tatbestandsmerkmal der Norm.¹³¹

Hinsichtlich der rechtlichen und faktischen Situation vor Erlass des § 27 SGB VIII lässt sich auch die vor Erlass des KJHG etwa seit Beginn der 1920er Jahre¹³² geführte Diskussion um die „erziehungsungeeigneten“ oder „unerziehbaren“ Minderjährigen heranziehen. Ausgangspunkt der Diskussion war der Gedanke, dass nicht alle Minderjährigen pädagogischer Unterstützung und Beeinflussung zugänglich seien.

¹³⁰ Münder u.a. FK JWG 1978 § 55 1., § 62 1.2. § 64 1.

¹³¹ Münder u.a. FK JWG 1978 § 64 4.

¹³² AFET 2010, 6 f., 9.

In diesem Zusammenhang wurde vertreten, dass gegenüber Minderjährigen, die Erziehungsbemühungen nicht (mehr) zugänglich waren, Erziehungshilfen nicht zu erbringen seien, weil die Hilfe nicht geeignet sei. So führte etwa der Vorsitzende des AFET e.V.¹³³ 1931 in einer Stellungnahme zur Fürsorgeerziehung aus:

„Eine letzte wichtige Aufgabe bleibt die sorgfältige Trennung der Schwerst- oder Unerziehbaren von denen, ... bei denen die erzieherischen Bemühungen noch Erfolg versprechen. ... Von hier aus gesehen, wird man mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß bei einer feineren Herausarbeitung der Verteilungsmethoden die Zahl derer, die jetzt als schwer- oder unerziehbar bezeichnet werden, noch zurückgehen kann. ... Immerhin aber bleibt schließlich ein Rest übrig, und diese Gruppe muß allerdings von den übrigen Kindern und Jugendlichen getrennt werden. Es muß also vom Standpunkt der Fürsorgeerziehung mit Nachdruck daran gearbeitet werden, daß schließlich trotz aller wirtschaftlichen Schwierigkeiten das schon längst ersehnte Bewahrungsgesetz verwirklicht wird und die Fürsorge für die hier bezeichneten Zöglinge den Pädagogen abnimmt.“¹³⁴

Seinen gesetzlichen Ausgangspunkt fand die Vorstellung von den „unerziehbaren Minderjährigen“ in der Regelung des RJWG zur vorzeitigen Entlassung aus der Fürsorgeerziehung. Hierzu hieß es in § 73 RJWG: *„Die vorzeitige Entlassung eines Minderjährigen wegen Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung aus Gründen, die in der Person des Minderjährigen liegen, ist unter der Voraussetzung zulässig, daß eine anderweitige gesetzlich geregelte Bewahrung des Minderjährigen sichergestellt ist.“* Die Unausführbarkeit der Fürsorgeerziehung aus Gründen, die in der Person des Minderjährigen lagen, wurde angenommen, wenn sich der Minderjährige medizinisch bzw. pädagogisch als unerziehbar erwies.¹³⁵

Wäre das Kriterium der Eignung der erzieherischen Maßnahmen erst auf der Rechtsfolgende zu berücksichtigen gewesen, wäre jedoch Fürsorgeerziehung bei dem betreffenden Personenkreis schon bei Vorliegen einer erzieherischen Mangellage – der (drohenden) „Verwahrlosung“ – durchzuführen gewesen. Hier wurde also ebenfalls die Eignung als Voraussetzung für das Entstehen bzw. Fortbestehen des Anspruchs gewertet.

Im JWG war die Möglichkeit der Aufhebung einer Hilfe wegen offensichtlicher Erfolgslosigkeit, die ihren Grund in der pädagogischen Unerreichbarkeit des Minderjährigen

¹³³ Damals: Allgemeiner Fürsorgeerziehungstag.

¹³⁴ Wolff 1931 in AFET 2007, 78, 82.

¹³⁵ von der Pfordten 2010, 16.

haben sollte, nicht mehr vorgesehen. Hier war in § 75 Abs. 2 JWG lediglich die Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe und der Fürsorgeerziehung vorgesehen, wenn eine andere Form der Hilfe aufgrund nachgewiesener geistiger oder seelischer Regelwidrigkeiten des Minderjährigen gesichert war. Diese als „medizinisch unerziehbar“ eingestuften Minderjährigen wurden im Regelfall in die Psychiatrie überwiesen.¹³⁶ In der Rechtsprechung wurde während der 1960er Jahre trotz fehlender gesetzlicher Grundlage dennoch teilweise die Möglichkeit der Einstellung der Freiwilligen Erziehungshilfe bzw. der Fürsorgeerziehung wegen offensichtlicher Erfolglosigkeit bejaht.¹³⁷ Auch in der Praxis der Jugendhilfe spielte der Gedanke der „Unerziehbarkeit“ nach Inkrafttreten des JWG weiterhin eine Rolle.¹³⁸ Es ist also naheliegend, dass auch zur Zeit der Geltung des JWG die Eignung einer pädagogischen Hilfe als Voraussetzung für ihre Gewährung betrachtet wurde und dieses Verständnis auch der Formulierung von § 27 Abs. 1 SGB VIII zugrunde lag.

Auch die Argumentation, nach der die Eignung und Notwendigkeit der Hilfe als Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips der Rechtsfolge zuzuordnen seien,¹³⁹ ist im historischen Kontext zu betrachten. Mit Blick auf die bis 1990 geltende Rechtslage auf der Grundlage des Jugendwohlfahrtsgesetzes war die Heranziehung von Aspekten der Eingriffsverwaltung im Rahmen von Erziehungshilfen nachvollziehbar. Die Fürsorgeerziehung gemäß §§ 64 ff. JWG sowie tendenziell auch die Freiwillige Erziehungshilfe gemäß § 62 JWG regelten inhaltlich Eingriffsbefugnisse des öffentlichen Jugendhelfetragers.¹⁴⁰ In diesem Zusammenhang war die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von Bedeutung. Die Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII ist demgegenüber eine reine Sozialleistung, da das SGB VIII den Wechsel zur Wahrnehmung der Funktion als personenbezogene Dienstleistung vollzogen hat. Dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe werden hier keine Eingriffsbefugnisse zugesprochen. Es handelt sich bei der Jugendhilfe jedenfalls im Hinblick auf ihren Leistungskatalog nach den §§ 11 bis 41 SGB VIII um Sozialleistungsrecht¹⁴¹

¹³⁶ von der Pfordten 2010, 31.

¹³⁷ *Münder u.a.* FK JWG § 75 3.5 mit weiteren Nachweisen.

¹³⁸ So in einem Bericht des Landesjugendamts Niedersachsen an das zuständige Vormundschaftsgericht vom 29. November 1963: „Es wird für möglich gehalten, dass sich Petra als pädagogisch mit den Mitteln der öffentlichen Erziehungshilfe als unerziehbar herausstellt.“ Zitiert nach Aich 1973, 81.

¹³⁹ Vgl. 2.2.3.

¹⁴⁰ Vgl. 1.1.

¹⁴¹ Eichenhofer in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.4 Rz. 2.

und somit um einen Teil der Leistungsverwaltung.¹⁴² Zwar kommt es faktisch bei der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung durch den Personensorgeberechtigten zu Einwirkungen in sein Erziehungsverhalten wie auch in die Familie. Unter dem Aspekt, diese Einwirkung so gering wie möglich zu halten, kommt daher unter Umständen eine jedenfalls entsprechende Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Betracht.¹⁴³ Zudem bewegen sich Fallkonstellationen, in denen ein Anspruch nach § 27 Abs. 1 SGB VIII besteht, oftmals in der Nähe einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB oder eine solche ist bereits gegeben. Damit liegen sie an der Grenze zu Eingriffen des Familiengerichts in elterliche Rechte.¹⁴⁴ Dies darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass es sich bei der Gewährung von Hilfe zur Erziehung selbst um eine reine Leistungserbringung handelt, was gegen eine Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Regulativ der Eingriffsverwaltung spricht. Die Wende von der ordnungsrechtlich geprägten Eingriffsverwaltung zur sozialpädagogischen Leistungsorientiertheit¹⁴⁵ der Jugendhilfe durch das Inkrafttreten des SGB VIII im Jahr 1991 ist eine der bedeutendsten Reformen, die dieses Rechtsgebiet erfahren hat.¹⁴⁶ Es würde eine Verkennung dieses Paradigmenwechsels bedeuten und damit den Sinn der Vorschrift verfehlen, wenn bei der Auslegung der Norm des § 27 Abs. 1 SGB VIII auf Elemente der Eingriffsverwaltung abgestellt werden würde. Die Kriterien der Eignung und Notwendigkeit sind daher nicht im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Rechtsfolgenrechtsseite zu berücksichtigen.

Im Zuge der historischen Auslegung sind zudem die Materialien zum 1990 in Kraft getretenen KJHG heranzuziehen. Hierbei ist die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG)¹⁴⁷ vom 1.12.1989 von Bedeutung. In dem Gesetzesentwurf war die Grundnorm der Hilfe zur Erziehung zunächst in § 26 SGB VIII vorgesehen.¹⁴⁸ Der Gesetzesentwurf zu § 26 Abs. 1 entspricht wortgleich der anschließend verabschiedeten und derzeit noch aktuellen Fas-

¹⁴² Eichenhofer, JuS 1992, 279 ff.

¹⁴³ So Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 31.

¹⁴⁴ Zum Spannungsverhältnis zwischen Leistung und Eingriff vgl. Kapitel 4, 5.

¹⁴⁵ Dazu Wiesner in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.3 Rz. 47.

¹⁴⁶ Zur Entwicklung vgl. Wiesner in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.3.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 11/5948.

¹⁴⁸ Durch die Einfügung der Regelung zum Wunsch- und Wahlrecht in § 5 SGB VIII verschoben sich die folgenden Regelungen, sodass sich in der schließlich verabschiedeten Fassung des SGB VIII die Hilfe zur Erziehung in § 27 fand.

sung von § 27 Abs. 1 SGB VIII. In der Begründung zu § 26 des Entwurfs heißt es einführend: *„Die Vorschrift enthält die Grundnorm über die Hilfe zur Erziehung. Sie sieht einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung unter den in Absatz 1 Satz 1 geregelten Voraussetzungen vor.“*¹⁴⁹ Da hier von „Voraussetzungen“ für den Anspruch die Rede ist, die in Absatz 1 geregelt sind, muss die Bundesregierung davon ausgegangen sein, dass nicht nur die fehlende Gewährleistung einer dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechenden Erziehung – also der erzieherische Bedarf – Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung ist, sondern zumindest eine weitere Voraussetzung hinzukommen muss. Es ist insofern naheliegend, dass die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe ebenfalls als Tatbestandsvoraussetzungen begriffen wurden. Diese Betrachtungsweise bestätigt sich angesichts der Begründung zu § 26 Abs. 1 SGB VIII. Hier heißt es: *„Ist eine dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und Hilfe zur Erziehung ein geeignetes und notwendiges Mittel, um das Wohl des Kindes oder Jugendlichen zu fördern, so ist das Jugendamt verpflichtet, Hilfe zur Erziehung zu gewähren.“*¹⁵⁰ Hieraus lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe neben dem Fehlen einer dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechenden Erziehung als zusätzliche eigenständige Tatbestandsmerkmale der Norm angeführt hat.

Die historische Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII spricht somit im Ergebnis ebenfalls dafür, die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit dem Tatbestand zuzuordnen.

Nach Anlegung aller Auslegungsgesichtspunkte ist § 27 Abs. 1 SGB VIII dahin zu deuten, dass der Tatbestand der Norm in dem Vorliegen einer das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen nicht gewährleistenden Erziehungssituation sowie der Eignung und Notwendigkeit von Hilfe zur Erziehung besteht und die Rechtsfolge in der Gewährung einer solchen Hilfe liegt.¹⁵¹

¹⁴⁹ BT-Drucks. 11/5948, 67.

¹⁵⁰ BT-Drucks. 11/5948, 67.

¹⁵¹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 1, 10 ff.; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII Rz. 18; Häbel in GK-SGB VIII § 27 Rz. 9; Fischer in Schellhorn u.a. § 27 Rz. 30; Winkler in BeckOK Sozialrecht § 27 SGB VIII Rz. 1; Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 13; Röchling 1997, 267; Kunkel, ZfJ 1998, 205; Lakies, ZfJ 1996, 451, 454 ff.; Ollmann, ZfJ 1995, 45; a.A. Schmid-Obkirchner in Wiesner 2015 § 27 Rz. 25a; Happe/Saubier in Jans u.a. § 27 Rz. 14; Maas, RsDE 25, 1, 6; ders., ZfJ 1997, 70, 75; Münder, ZfJ 1991, 285, 290.

Der letzte Satzteil des § 27 Abs. 1 SGB VIII, wonach die Hilfe geeignet und notwendig sein muss, ist nicht der Rechtsfolge zuzuordnen. Hierdurch verbietet sich auch eine Auslegung in dem Sinne, dass dieser Satzteil sowohl Element des Tatbestands als auch der Rechtsfolge ist. Zwar ist im Ergebnis der öffentliche Jugendhelfertr ger auch auf der Rechtsfolgenseite verpflichtet, eine geeignete und erforderliche Hilfe zu gewähren. Dieses Erfordernis ergibt sich jedoch aus § 27 Abs. 2 SGB VIII, wonach sich Art und Umfang der Hilfe nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten. Es ist nicht zusätzlich aus den in § 27 Abs. 1 SGB VIII genannten Merkmalen der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe abzuleiten.

3 Anspruchsinhaberschaft und Befugnis zur Geltendmachung des Anspruchs

Im Rahmen des Tatbestandes des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist zunächst zu klären, wer Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ist. Nach § 27 Abs. 1 SGB VIII hat ein Personensorgeberechtigter bei der Erziehung eines Kindes oder eines Jugendlichen Anspruch auf Hilfe (Hilfe zur Erziehung), wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Anspruchsinhaber ist also nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm der Personensorgeberechtigte. Es stellt sich allerdings die Frage, wer konkret unter diesen Begriff im Sinne der Norm fällt. An erster Stelle gilt es somit zu klären, wer Personensorgeberechtigter i.S.d. § 27 Abs. 1 SGB VIII ist. Diese Frage ist in den Fällen von Bedeutung, in denen unterschiedliche Personen Inhaber der Personensorge oder verschiedener Aspekte des Personensorgerechts sind. Zudem ist von Bedeutung, ob neben dem Personensorgeberechtigten auch der Minderjährige ein Recht aus § 27 Abs. 1 SGB VIII – unter Umständen in Verbindung mit anderen gesetzlichen Regelungen – ableiten kann.

Neben der Frage, wer Inhaber des materiellen Anspruchs ist, ist auch von Bedeutung, welche Personen zur Geltendmachung des Anspruchs infrage kommen. Der Kreis dieser Personen kann einerseits hinter dem der materiell-rechtlich Anspruchsberechtigten zurückbleiben, andererseits aber auch über ihn hinausgehen. So ist es denkbar, dass Minderjährige sich zwar als Anspruchsinhaber erweisen, allerdings keine eigenständige Möglichkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen haben. Auf der anderen Seite kann eine Geltendmachung von Ansprüchen auf Hilfe zur Erziehung bzw. von hiermit im Zusammenhang stehenden Leistungen auch durch Personen infrage kommen, die nicht selbst Anspruchsinhaber sind.

Im Zusammenhang mit der Gewährung von Hilfe zur Erziehung sind nicht nur die sozialpädagogischen Leistungen nach § 27 Abs. 1 SGB VIII von Bedeutung. Daneben spielen auch die wirtschaftlichen Annexleistungen des § 39 SGB VIII und die Krankenhilfe nach § 40 SGB VIII eine wichtige Rolle für die Betroffenen. Die Aspekte der Anspruchsinhaberschaft und der -ausübungsfähigkeit sind insofern auch im Hinblick auf diese Leistungen zu klären.

3.1 Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung

Im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist zunächst von Bedeutung, wer Inhaber des materiell-rechtlichen Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ist.

3.1.1 Die Personensorgeberechtigten als Anspruchsinhaber

Hinsichtlich der Anspruchsberechtigung der Personensorgeberechtigten ist der Wortlaut des § 27 Abs. 1 SGB VIII auf den ersten Blick betrachtet eindeutig: Hiernach ist Anspruchsinhaber für die Hilfe zur Erziehung „*ein Personensorgeberechtigter*“. Dieser hat Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, wenn eine dem Wohl des Kindes bzw. des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist.

In § 7 Abs. 1 Nr. 5 SGB VIII findet sich eine Definition des Begriffs des Personensorgeberechtigten für das SGB VIII. Danach ist Personensorgeberechtigter, wem allein oder gemeinsam mit anderen Personen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Personensorge zusteht.

3.1.1.1 Die Eltern als Anspruchsinhaber

Gemäß § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Eltern eines Kindes Inhaber elterlicher Sorge. Diese umfasst nach § 1626 Abs. 1 Satz 2 BGB sowohl die Personensorge als auch die Vermögenssorge. Davon abweichend steht gemäß § 1626a Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB (allein) der Mutter die elterliche Sorge zu, wenn und solange sie mit dem Vater des Kindes nicht verheiratet ist, keine Erklärung der Eltern stattgefunden hat, dass sie die elterliche Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärung) und das Familiengericht den Eltern nicht die gemeinsame elterliche Sorge auf Antrag eines Elternteils übertragen hat. Auch wenn die Eltern des Kindes bei dessen Geburt nicht miteinander verheiratet sind, besteht jedoch gemäß § 1626a Abs. 1 BGB gemeinsame Sorge der Eltern für das Kind, sofern die Eltern zu einem späteren Zeitpunkt heiraten (Nr. 1), beide Eltern eine Sorgeerklärung abgegeben haben und diese nach § 1626d Abs. 1 BGB öffentlich beurkundet worden ist (Nr. 2), oder wenn das Familiengericht den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge auf Antrag eines Elternteils übertragen hat.¹⁵² In aller Regel sind damit die Eltern des Kindes oder Jugendlichen Inhaber der gesamten Personensorge und insofern gemeinsam Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII.

¹⁵² Die gesetzliche Möglichkeit eines entsprechenden Antrags an das Familiengericht wurde erst eingeführt mit dem Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013, BGBl. I, 795.

3.1.1.1 Anspruchsinhaberschaft von nicht dauerhaft getrennt lebenden Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge

Die Formulierung von § 27 Abs. 1 SGB VIII, „*ein Personensorgeberechtigter hat ... Anspruch auf Hilfe ...*“, könnte die Vermutung nahelegen, jeder sorgeberechtigte Elternteil könne die Entscheidung zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung allein und notfalls auch gegen den Willen oder ohne Wissen des anderen sorgeberechtigten Elternteils treffen. Dies stünde jedoch im Widerspruch zum Prinzip der Freiwilligkeit der Hilfe. Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung steht beiden sorgeberechtigten Elternteilen gemeinsam zu.¹⁵³ Die Anspruchsberechtigung beinhaltet nicht nur das Recht, sich für die mögliche Hilfe zu entscheiden, sondern im Umkehrschluss auch das Recht, sie abzulehnen. Hilfe zur Erziehung darf nur im Einklang mit dem Willen des bzw. der Sorgeberechtigten durchgeführt werden. Die Gewährung der Hilfe gegen den Willen eines der Personensorgeberechtigten kommt somit nicht in Betracht.¹⁵⁴ Die Annahme der Hilfe ist materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für ihre Erbringung.

Sind die Eltern gemeinsam personensorgeberechtigt und leben beide Elternteile zusammen oder nur vorübergehend getrennt, üben sie die Personensorge insgesamt gemeinsam aus. Es muss daher das Einverständnis beider Eltern mit der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung vorliegen.¹⁵⁵

Kommt es zwischen den entscheidungsberechtigten Eltern nicht zu einer Einigung, so hat der die Hilfe zur Erziehung wünschende Elternteil die Möglichkeit, sich gemäß § 1628 BGB an das Familiengericht zu wenden. Dieses kann auf Antrag die Entscheidungsbefugnis in dieser Angelegenheit einem der beiden Elternteile zuweisen.¹⁵⁶ Erweist sich dies nicht als ausreichend, kann nach § 1671 Abs. 1 BGB ein Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge bzw. der im Rahmen der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung maßgeblichen Bestandteile beim Familiengericht gestellt werden. Lehnt ein entscheidungsbefugter Elternteil die Inanspruch-

¹⁵³ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 34; *Münder/Trenczek* 2015, 158; *DIJuF*, *JAMt* 2015, 33.

¹⁵⁴ So etwa *BVerwG*, Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, *NJW* 2002, 232; *VGH BW*, Urteil vom 19. April 2005 – 9 S 109/03, *JAMt* 2005, 364 f.; *OVG NW*, Urteil vom 06. Juni 2008 – 12 A 144/06, *FamRZ* 2008, 2314 f.; *OVG SN*, Urteil vom 02. Juli 2008 – 1 A 90/08, *JAMt* 2008, 540; *OVG NW*, Beschluss vom 28. Mai 2010 – 12 A 506/10, *juris Rz.* 6; *VG Arnsberg*, Urteil vom 14. Dezember 2010 – 11 K 3365/09, *juris Rz.* 25; *VG Augsburg*, Beschluss vom 26. August 2011 – Au 3 E 11.1098, *juris Rz.* 32; *Tammen*, *UJ* 2004, 89 ff.; *DIJuF*, *JAMt* 2015, 33.

¹⁵⁵ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 27 Rz. 11; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 35.

¹⁵⁶ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner* 2015 § 27 Rz. 12; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 34.

nahme von Hilfe zur Erziehung ab und ergibt sich daraus eine Gefährdung des Kindeswohls, so ist ggf. das Familiengericht nach § 8a Abs. 2 SGB VIII durch das Jugendamt anzurufen.¹⁵⁷

3.1.1.1.2 Anspruchsinhaberschaft von dauerhaft getrennt lebenden Eltern

Differenzierter stellt sich die Frage der Entscheidung über die Inanspruchnahme der Hilfe in dem Fall dar, dass Eltern zwar Inhaber der gemeinsamen Sorge sind, jedoch dauerhaft getrennt leben. Für diesen Fall ist zum Zweck der Konfliktvermeidung oder -reduzierung bei Ausübung der gemeinsamen Sorge nach der Trennung in § 1687 BGB ein abgestuftes System an Handlungs- und Vertretungsbefugnissen geschaffen,¹⁵⁸ das dem Elternteil, bei dem sich das Kind berechtigterweise gewöhnlich aufhält, weitreichende Befugnisse zur Alleinentscheidung einräumt.

Anspruchsinhaberschaft im Residenzmodell

In den meisten Fällen werden Kinder von dauerhaft getrennt lebenden Eltern im Residenzmodell betreut. Dies bedeutet, dass das Kind überwiegend bei einem Elternteil lebt und Umgangskontakte mit dem anderen Elternteil hat.¹⁵⁹

Gemäß § 1687 Abs. 1 BGB ist bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, gegenseitiges Einvernehmen der getrennt lebenden Eltern erforderlich. In Angelegenheiten des täglichen Lebens hat dagegen der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder aufgrund gerichtlicher Entscheidung aufhält, die Befugnis zur alleinigen Entscheidung (sog. Alltagssorge¹⁶⁰). Die Frage, ob der Elternteil, bei dem sich das Kind aufhält, allein über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung entscheiden kann, oder ob mit dem anderen Elternteil Einvernehmen hergestellt werden muss, hängt also davon ab, ob die Hilfe zur Erziehung eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind ist.

§ 1687 BGB konkretisiert und definiert den Begriff der Angelegenheit von erheblicher Bedeutung nicht. Die Begrifflichkeit resultiert aus der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses im Gesetzgebungsverfahren und übernimmt die Formulierung

¹⁵⁷ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 35.

¹⁵⁸ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), BT-Drucks. 13/4899, 58, 107; BT-Drucks. 13/8511, 67; Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 1 ff.; Peschel-Gutzeit in Kaiser u.a. 2014 § 1687 Rz. 4.

¹⁵⁹ Sünderhauf 2013, 56.

¹⁶⁰ Schilling, NJW 2007, 3233, 3234.

aus § 1628 BGB, der eine Regelung zur familiengerichtlichen Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern trifft.¹⁶¹ Können sich die Eltern in Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Familiengericht einem Elternteil die Entscheidungsbezugnis übertragen. Auch in diesem Kontext wird der Begriff weder definiert noch konkretisiert. Es liegt daher nahe, den Begriff in Abgrenzung zu den in § 1687 Abs. 1 BGB genannten Angelegenheiten des täglichen Lebens zu bestimmen, in denen gerade keine gemeinsame Entscheidung der Eltern erforderlich ist.¹⁶² In § 1687 Abs. 1 Satz 3 BGB findet sich eine Definition der Angelegenheiten des täglichen Lebens. Dies sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Im Umkehrschluss lässt sich daraus ableiten, dass Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, solche sind, die nicht häufig vorkommen und/oder die mit schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes verbunden sind.¹⁶³

Das Merkmal der Häufigkeit oder Seltenheit einer Angelegenheit ist dabei nicht immer von entscheidender Bedeutung. So bleiben auch einmalige Entscheidungen oft ohne Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes¹⁶⁴ und im Gegenzug kann auch gerade die Häufigkeit einer Entscheidung durch die „Kraft der Wiederholung“ zu Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes führen.¹⁶⁵ Praktisch jedes Alltagsproblem kann ins Grundsätzliche umschlagen und dann zur Angelegenheit von erheblicher Bedeutung werden.¹⁶⁶ Zudem ist die Frage der Bedeutsamkeit einer Angelegenheit konkret oft von den Besonderheiten einer Familie abhängig und im Hinblick auf deren Werte, Traditionen, Lebensverhältnisse und die Bedürfnisse des Kindes von Bedeutung.¹⁶⁷ Eine klare Abgrenzung zwischen den Angelegenheiten des täglichen Lebens und solchen von erheblicher Bedeutung ist nicht möglich.¹⁶⁸ Die Übergänge sind vielmehr fließend und die Bedeutung von Angelegenheiten und damit die zu erwartenden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes verschieben sich mit zunehmendem Alter des Kindes.¹⁶⁹

¹⁶¹ BT-Drucks. 13/8511, 18, 67, 75; dazu *Willutzki* Kind-Prax 1998, 8, 10.

¹⁶² *Veit* in BeckOK BGB § 1687 Rz. 16.

¹⁶³ *Hennemann* in MünchKomm BGB 2012 § 1687 Rz. 3.

¹⁶⁴ *Schwab/Wagenitz*, FamRZ 1997, 1377, 1380.

¹⁶⁵ *Veit* in BeckOK BGB § 1687 Rz. 16.2 m.w.N.

¹⁶⁶ *Schilling*, NJW 2007, 3233, 3234.

¹⁶⁷ *DFGT* 2014, 17.

¹⁶⁸ *Salgo* in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 26 ff.

¹⁶⁹ *Hennemann* in MünchKomm BGB 2012 § 1687 Rz. 4.

Angesichts der Unmöglichkeit einer klaren Abgrenzung kommt der Frage Bedeutung zu, welcher Einordnung in Zweifelsfällen der Vorrang einzuräumen ist. Zu dieser Frage werden verschiedene Meinungen vertreten. Eine Auffassung fordert, in Zweifelsfällen einen Gegenstand den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung zuzuordnen. Begründet wird dies mit dem Erfordernis des Zusammenwirkens der Eltern als Grundprinzip der gemeinsamen elterlichen Sorge.¹⁷⁰ Eine andere Position befürwortet in Zweifelsfällen die Zuordnung zu den Alltagsangelegenheiten und damit zugunsten des betreuenden Elternteils, weil dieser ständig mit dem Kind zusammenlebt und in erster Linie sein Verhalten für das Kind maßgeblich sei. Aus diesem Grund müsse dieser Elternteil über § 1687 Abs. 1 BGB Unterstützung finden, damit das Kind nicht verunsichert werde.¹⁷¹

Ein Vorrang des betreuenden Elternteils wäre jedoch im Hinblick auf die Grundprinzipien der gemeinsamen elterlichen Sorge¹⁷² problematisch. Die wesentliche Aussage zur gemeinsamen Verantwortung im Rahmen gemeinsamer elterlicher Sorge enthält § 1627 BGB. Hiernach haben gemeinsam sorgeberechtigte Eltern die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohl des Kindes auszuüben. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen. Nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB können die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern das Kind grundsätzlich nur gemeinsam vertreten. Dieses Grundprinzip der gemeinsamen Verantwortung wird in § 1687 BGB deutlich eingeschränkt. Das Prinzip der Gesamtvertretung der Eltern gilt im Rahmen der Norm nicht mehr. Die Gesamtverantwortung der Eltern ist zwar beibehalten worden, mit den Angelegenheiten des täglichen Lebens wird dem betreuenden Elternteil jedoch in erheblichem Umfang die Alleinentscheidungsbefugnis eingeräumt. Das Modell des § 1687 BGB lässt sich im Ergebnis als Alleinsorge mit Mitbestimmung des anderen Elternteils in wichtigen Angelegenheiten bezeichnen.¹⁷³ Angesichts dieser ohnehin schon erheblichen Reduzierung der gemeinsamen Verantwortung als Grundprinzip der gemeinsamen elterlichen Sorge¹⁷⁴ würde eine noch weitere Einschränkung durch eine Zweifelsregelung, die eine Zuordnung von Gegenständen zum Kreis der Alltagssorge favorisiert, die Inhalte zu weit aushöhlen. Der Regelfall der gemeinsamen elterlichen

¹⁷⁰ Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1377, 1380; Schilling, NJW 2007, 3233, 3234.

¹⁷¹ Hennemann in MünchKomm BGB 2012 § 1687 Rz. 4; Salgo in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 31 f.

¹⁷² Dazu kritisch Salgo, FamRZ 1996, 449 ff.

¹⁷³ Peschel-Gutzeit in Kaiser u.a. 2014 § 1687 Rz. 5; Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 3.

¹⁷⁴ DFGT 2014, 17: „außerordentlich problematisch“.

Sorge ist nach § 1627 BGB vom Erfordernis des Zusammenwirkens der Eltern geprägt. Hierzu stellt § 1687 BGB eine Ausnahmeregelung dar. Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis würde es nicht gerecht, bei Auslegungsfragen der Ausnahmekonstellation den Vorrang einzuräumen und den Grundsatz weiter einzuschränken.¹⁷⁵ In Zweifelsfällen ist somit eher der Einschätzung Vorrang zu geben, dass es sich bei dem Gegenstand, über den eine Entscheidung zu treffen ist, um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handelt und somit eine Entscheidung in gegenseitigem Einvernehmen der Eltern erforderlich ist.¹⁷⁶

Die Frage, ob die Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung darstellt, ist nicht abschließend geklärt.¹⁷⁷ Teilweise wird die Entscheidung generell als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung betrachtet,¹⁷⁸ überwiegend wird die Einschätzung von der Intensität der Hilfe abhängig gemacht.¹⁷⁹

Maßstab für die Entscheidung, ob es sich um Angelegenheiten handelt, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ist die Qualität der zu treffenden Entscheidung und ihre Erheblichkeit für das Wohl des Kindes. Maßgeblich ist, ob eine erhebliche Bedeutung für die künftige Entwicklung und Sozialisation des Kindes, aber auch für sein Sozialisationsumfeld gegeben ist.¹⁸⁰

Für eine grundsätzliche Zuordnung der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung zu den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung spricht bereits die Verpflichtung beider sorgeberechtigter Eltern nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und § 1626 Abs. 1 i.V.m. § 1631 Abs. 1 BGB, die Erziehung des Kindes wahrzu-

¹⁷⁵ Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 3; Schilling, NJW 2007, 3233, 3234.

¹⁷⁶ Ähnlich *DIJuF*, JAMt 2012, 313, 314: Aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Elternrechts sollte die Auslegung als Entscheidung der Alltagssorge nicht extensiv ausgedehnt werden.

¹⁷⁷ DFGT 2014, 20.

¹⁷⁸ OVG NI, Beschluss vom 17. Oktober 2008 – 4 LA 193/06, FamRZ 2009, 1360; befürwortend, im Ergebnis jedoch offengelassen: OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87; Hennemann in MünchKomm BGB 2012 § 1687 Rz. 10; Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 16.2; Salgo in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 46.

¹⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, BVerwGE 148, 242, 253; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 11; Tammen/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 35; Menne, ZfJ 2001, 217, 220; *DIJuF*, JAMt 2012, 313, 314.

¹⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, BVerwGE 148, 242, 253; Salgo in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 30.

nehmen. Das Wohl des Kindes ist oberste Richtschnur für die Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten.¹⁸¹ Damit obliegt beiden Eltern die Sorge für das leibliche und geistige Wohl und Gedeihen des Kindes.¹⁸² Ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII nur dann, wenn eine dem Wohle des Kindes oder Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Zur Auseinandersetzung mit dieser Situation und den infrage kommenden Möglichkeiten zur Gewährleistung des Wohls des Kindes, die auch die Inanspruchnahme von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe umfassen, sind beide sorgeberechtigten Eltern im Rahmen ihrer Erziehungsverantwortung verpflichtet.¹⁸³

Im Hinblick darauf, dass durch die Hilfe der erzieherische Bedarf des Kindes gedeckt und die derzeit als unzureichend eingeschätzte erzieherische Situation soweit verbessern soll, dass eine seinem Wohl entsprechende Erziehung (wieder-)hergestellt wird, ist Hilfe zur Erziehung vom Grundsatz her darauf ausgerichtet, die Entwicklung des Minderjährigen maßgeblich zu beeinflussen.¹⁸⁴ Für das Kind oder den Jugendlichen zielt die Hilfe auf den Aufbau einer sozialpädagogischen Beziehung zur Förderung seiner Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.¹⁸⁵ Ihr Ziel ist es gerade, gravierende Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes zu haben, die mit der Hilfe nachhaltig zum Positiven verändert werden soll. Durch die Gewährung von Hilfe zur Erziehung wird somit die persönliche Entwicklung des Kindes grundsätzlich in erheblicher Weise beeinflusst.¹⁸⁶ Dies spiegelt sich auf verfahrensrechtlicher Seite in der Vorgabe des § 36 Abs. 1 SGB VIII wider, der Personensorgeberechtigten und Minderjährigen Beratungsansprüche im Vorfeld der Inanspruchnahme einer Hilfe einräumt. Hintergrund dieser Beratungsverpflichtung seitens des Jugendamts ist die Tatsache, dass die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung eine Entscheidung ist, die erhebliche Auswirkungen auf die Entwicklung eines jungen Menschen und die seiner Familie haben kann.¹⁸⁷

¹⁸¹ BVerfG, Urteil vom 01. April 2008 – 1 BvR 1620/04, BVerfGE 121, 69; BGH, Beschluss vom 22. Januar 2014 – XII ZB 68/11, NJW 2014, 1004, 1005.

¹⁸² Huber in MünchKomm BGB 2012 § 1626 Rz. 32.

¹⁸³ OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87.

¹⁸⁴ OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87.

¹⁸⁵ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 31 f.

¹⁸⁶ OVG NI, Beschluss vom 17. Oktober 2008 – 4 LA 193/06, FamRZ 2009, 1360; Salgo in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 46.

¹⁸⁷ Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 7.

Die stationären Hilfen haben unter den möglichen Hilfearten die stärkste Intensität.¹⁸⁸ Mit der Inanspruchnahme einer Hilfe, die mit einer Fremdunterbringung des Kindes verbunden ist, wird der Aufenthalt des Kindes bestimmt. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist als Bestandteil der Personensorge ausdrücklich in § 1631 Abs. 1 BGB genannt. Hiernach umfasst die Personensorge insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Der Aufenthaltsbestimmung für das Kind kommt im Rahmen der Personensorge besonderes Gewicht zu. Dies ergibt sich bereits daraus, dass § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB die Befugnis zur Alltagssorge für das Kind gerade davon abhängig macht, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei dem betreffenden Elternteil hat.¹⁸⁹ Der Aufenthalt des Kindes spielt also hier die entscheidende Rolle. Der besondere Schutz des elterlichen Sorgerechts vor der Änderung des Aufenthalts des Kindes gegen den Willen eines Elternteils, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, wird auch durch § 235 StGB deutlich. Dieser stellt die Kindesentziehung unter Strafe. Täter kann auch ein Elternteil sein, der das Kind dem anderen personensorgeberechtigten Elternteil entzieht oder vorenthält.¹⁹⁰

Die Entscheidung über den Aufenthalt des Kindes ist stets von erheblicher Bedeutung für seine Entwicklung.¹⁹¹ Die Inanspruchnahme stationärer Hilfen für das Kind wirkt noch stärker auf seine Entwicklung ein, als etwa ein Umzug mit dem Elternteil, bei dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sie bewirkt neben einer zumindest vorübergehenden Änderung des Lebensmittelpunkts des Minderjährigen auch das Hinzukommen neuer enger Bezugspersonen. Insofern sind Hilfen, die mit einer Fremdunterbringung des Kindes oder Jugendlichen angelegt sind, schon aus diesem Grund als Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind zu betrachten.¹⁹²

¹⁸⁸ *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.6 Rz. 19.

¹⁸⁹ *Veit* in *BeckOK BGB* § 1687 Rz. 11.

¹⁹⁰ BGH, Beschluss vom 17. September 2014 – 1 StR 387/14, NJW 2014, 3589; *Heiß* in *Heiß* 2016 § 3 Rz. 47; *Valerius* in *BeckOK StGB* § 235 Rz. 5, 10; nur bei § 235 Abs. 1 Nr. 2 wird der Täterkreis auf Nicht-Angehörige des Kindes eingeschränkt.

¹⁹¹ *Heiß* in *Heiß* 2016 § 3 Rz. 47; *Veit* in *BeckOK BGB* § 1687 Rz. 11.

¹⁹² BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, BVerwGE 148, 242, 253; OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII* 2015 § 27 Rz. 11; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 27 Rz. 35; so für die vergleichbare Situation der Entscheidung über Internatserziehung *Schwab*, FamRZ 1998, 457, 469.

Weniger klar ist, ob auch sämtliche andere Arten der Hilfe zur Erziehung als Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung zu bewerten sind, oder ob eine weitere Differenzierung erforderlich ist.

Bei Hilfen, die in das Erleben und/oder die Persönlichkeit des Kindes mit tiefer, schwer abänderbarer Wirkung eingreifen bzw. eingreifen sollen, ist eine erhebliche Bedeutung für die künftige Entwicklung und Sozialisation des Kindes gegeben und die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Hilfe stellt eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung dar.¹⁹³ Wenn eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nur vorübergehend nicht gewährleistet ist, kann es jedoch auch möglich sein, dass sie mit einer Hilfe wiederhergestellt werden kann, die keine große Intensität aufweist und damit nicht tief in die Persönlichkeit des Kindes einwirkt. In diesen Fällen fehlt es an der erheblichen Bedeutung und die Hilfe kann vom betreuenden Elternteil ebenso wie eine alltägliche medizinische Versorgung im Rahmen der Alltagssorge ohne Einvernehmen mit dem anderen Elternteil in Anspruch genommen werden.¹⁹⁴ Insofern kann die Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung nicht pauschal als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB betrachtet werden. Aufgrund der unterschiedlichen Relevanz der einzelnen Arten der Hilfe, ihrer Dauer und der Intensität der Einflussnahme auf die Lebenssituation des Kindes bedarf die Abgrenzung einer differenzierenden Betrachtung.¹⁹⁵ Dabei ist in Zweifelsfällen eher der Einschätzung Vorrang zu geben, dass es sich bei dem Gegenstand, über den eine Entscheidung zu treffen ist, um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handelt und somit eine Entscheidung in gegenseitigem Einvernehmen der Eltern erforderlich ist.

Unter den genannten Aspekten ist grundsätzlich die längerfristige Inanspruchnahme ambulanter Hilfen, insbesondere therapeutischer Art, als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung zu betrachten.¹⁹⁶ Dabei sind bei der Bewertung, ob die Dauer als langfristig zu betrachten ist, auch die Intensität der Hilfe¹⁹⁷ und das kindliche Zeitempfinden zu berücksichtigen.¹⁹⁸ Rechtsprechung und Literatur schätzen die Hilfeart

¹⁹³ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 35.

¹⁹⁴ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 35; *bke*, *ZfJ* 2002, 66, 67.

¹⁹⁵ *BVerwG*, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, *BVerwGE* 148, 242, 253; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 27 Rz. 11; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 35.

¹⁹⁶ *BVerwG*, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, *BVerwGE* 148, 242, 253; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 27 Rz. 11; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 35; *DIJuF*, *JAMt* 2007, 351; *ders.*, *JAMt* 2012, 313, 314.

¹⁹⁷ *Meysen* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 36 Rz. 39; *bke* 2006, 4.

¹⁹⁸ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 36 Rz. 50.

der Sozialpädagogischen Familienhilfe nach § 31 SGB VIII jedenfalls bei geplanter längerer Dauer als derartige ambulante Hilfen ein und werten somit die Entscheidung über ihre Inanspruchnahme als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung.¹⁹⁹ Teilweise wird dies auch bei einer längerfristig angelegten Erziehungsbeistandschaft nach § 30 SGB VIII ausdrücklich bejaht.²⁰⁰

Bei der Einschätzung, ob die Inanspruchnahme der Hilfe als längerfristig zu betrachten ist, ist notwendigerweise eine Prognose erforderlich. Von einer voraussichtlich für längere Zeit zu leistenden Hilfe geht das OVG Rheinland-Pfalz jedenfalls dann aus, wenn für die Hilfe nach § 36 Abs. 2 SGB VIII ein Hilfeplan aufzustellen ist.²⁰¹ Dies erscheint sachgerecht, da die Verpflichtung zur qualifizierten Entscheidung über die Ausgestaltung der Hilfe nach § 36 Abs. 2 SGB VIII, die insbesondere das Aufstellen eines Hilfeplans verlangt, nach Satz 1 nur dann Anwendung findet, wenn *„die Hilfe voraussichtlich für längere Zeit zu leisten ist“*.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass es sich bei der Erziehungsbeistandschaft und der Sozialpädagogischen Familienhilfe um Hilfearten handelt, die regelmäßig denjenigen ambulanten Hilfen zuzurechnen sind, deren Inanspruchnahme als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung zu werten ist, da beide zumeist auf längere Dauer angelegt seien und unmittelbare Auswirkungen auf das Kind oder den Jugendlichen und dessen Entwicklung zeitigen.²⁰² Dies entspricht hinsichtlich des zeitlichen Aspekts der tatsächlichen und bezogen auf die Sozialpädagogische Familienhilfe auch der rechtlichen Situation. Nach § 31 Satz 2 SGB VIII ist die Hilfe auf Dauer angelegt. Darunter wird zumeist ein Zeitraum von ein bis zwei Jahren verstanden.²⁰³ In der Praxis pendelt die durchschnittliche Dauer der Inanspruchnahme um 17 Monate.²⁰⁴ Die durchschnittliche Dauer der im Jahr 2012 beendeten Hilfen betrug 16 Monate.²⁰⁵ Zur Erziehungsbeistandschaft enthält die Regelung des § 30 SGB VIII keine Angabe in Bezug auf die zeitliche Perspektive. In der Praxis sind die Erziehungsbeistandschaften meist längerfristig auf ein bis drei Jahre angelegt und die

¹⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, BVerwGE 148, 242, 253; OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 11.

²⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, BVerwGE 148, 242, 253; OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87.

²⁰¹ OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87.

²⁰² BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, BVerwGE 148, 242, 253; so auch Salgo in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 46; DIJuF, JAmt 2007, 351.

²⁰³ Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 10.

²⁰⁴ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 31.

²⁰⁵ AKJStat 2014, 66.

durchschnittliche Dauer liegt bei zwölf Monaten.²⁰⁶ Hinsichtlich der Intensität enthält § 31 Satz 1 SGB VIII die Regelung, dass die Sozialpädagogische Familienhilfe Familien durch intensive Betreuung und Begleitung unterstützen soll. Hier ist von einer intensiven Beeinflussung der Entwicklung des Kindes auszugehen. Eine vergleichbare Regelung enthält § 30 SGB VIII zur Erziehungsbeistandschaft nicht. Von ihrer Ausrichtung her kommt sie jedoch im Einzelfall als geeignete Hilfe in Betracht, wenn ein Kind/Jugendlicher deutliche Entwicklungs- und/oder Verhaltensprobleme zeigt.²⁰⁷ Die Hilfe zielt auf Verhaltensänderungen beim Kind oder Jugendlichen einschließlich des Sozial- und Leistungsverhaltens in der Schule ab. Zur Unterstützung des Kindes oder Jugendlichen bei der Bewältigung von Entwicklungsproblemen soll ihm eine kontinuierliche Bezugsperson an die Seite gestellt werden, die ihn begleitet und unterstützt.²⁰⁸ Im Gegensatz zur Sozialpädagogischen Familienhilfe ist die Erziehungsbeistandschaft insbesondere auf den jungen Menschen selbst ausgerichtet und weniger auf die Familie als Gesamtheit.²⁰⁹ Insofern ist auch bei dieser Hilfe von einer deutlichen Beeinflussung der Entwicklung des Minderjährigen auszugehen, so dass der generellen Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, es handele sich bei der Erziehungsbeistandschaft und der Sozialpädagogischen Familienhilfe um Hilfen, die zumeist auf längere Dauer angelegt seien und unmittelbare Auswirkungen auf das Kind oder den Jugendlichen und dessen Entwicklung zeitigten, gefolgt werden kann.

Die Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung nach § 35 SGB VIII ist nach Satz 2 in der Regel auf längere Zeit und bereits von der Bezeichnung her auf eine intensive Unterstützung angelegt. Die durchschnittliche Dauer der im Jahr 2012 beendeten Hilfen betrug zwölf Monate.²¹⁰ Die Hilfe ist für besonders gefährdete junge Menschen gedacht.²¹¹ Sie richtet sich insbesondere an Jugendliche, die vielfältige bzw. massive Beziehungsabbrüche und -traumata erlebt haben und mit den konventionellen Angeboten der Jugendhilfe nicht mehr erreicht werden.²¹² Die Betreuung ist in besonderem Maße auf die individuelle Situation des jungen Menschen auszurichten und erfordert teilweise die Ansprechbarkeit der sozialpädagogischen Fachkraft rund um die Uhr.²¹³ Angesichts dieser Ausrichtung bringt die Hilfe notwendigerweise eine

²⁰⁶ *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 30 Rz. 5 f.

²⁰⁷ *Kunkel/Keper* in LPK-SGB VIII 2016 § 30 Rz. 7.

²⁰⁸ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 30 Rz. 7.

²⁰⁹ *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 30 Rz. 4.

²¹⁰ *AKJStat* 2014, 74.

²¹¹ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 72.

²¹² *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 35 Rz. 12.

²¹³ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 72.

erhebliche Bedeutung für die künftige Entwicklung und Sozialisation des Jugendlichen mit sich.

Für die Tagesgruppe nach § 32 SGB VIII haben sich in der Praxis verschiedene Profile herausgebildet. Die zwei „Extremtypen“ bilden einerseits hortähnliche Angebote, die sich im Wesentlichen durch eine deutlich bessere personelle Personalausstattung²¹⁴ und eine verstärkte Elternarbeit gegenüber dem Hort abgrenzen, und andererseits ausgesprochen intensive Angebote, die in familientherapeutische Richtung gehen.²¹⁵ Adressaten der Hilfe sind insbesondere Kinder und Jugendliche im Vorschul- und Schulalter sowie deren Familien. Der erzieherische Bedarf besteht zumeist aufgrund individueller Entwicklungsstörungen und psychischer bzw. physischer Beeinträchtigungen des Minderjährigen, chronisch hochbelasteter Familiensituationen und einer verdeckten oder offenen Kindeswohlgefährdung, sodass im Ergebnis eine intensive, ganzheitliche Förderung und Unterstützung benötigt wird.²¹⁶ Die Hilfeart ist wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass sie zwischen ambulanten und stationären Hilfearten angesiedelt ist²¹⁷ und insofern bezogen auf das Kind oder den Jugendlichen als teilstationäre Leistung zu betrachten ist.²¹⁸ Im Hinblick auf die parallel zur Förderung des Kindes in der Gruppe erfolgende Elternarbeit stellt sie sich als Verbund teilstationärer und ambulanter Hilfe dar.²¹⁹ Die im Jahr 2012 beendeten Hilfen dauerten durchschnittlich 22 Monate.²²⁰ Angesichts der gravierenden Problemlagen, die der Hilfe im Regelfall zugrunde liegen, ist davon auszugehen, dass die Erziehung in der Tagesgruppe das Ziel hat, die Entwicklung des Minderjährigen in erheblicher Weise zu beeinflussen. Zudem ist sie in der Regel auf eine lange Dauer ausgerichtet. Während des Hilfezeitraums hält sich das Kind oder der Jugendliche mit Ausnahme der Wochenenden nahezu täglich für mehrere Stunden in der Einrichtung auf. Damit kommt es zu einem erheblichen Einschnitt in seinen bisherigen Tagesablauf. Mit diesem Argument wird bereits die Entscheidung darüber als wesentlich für die weitere kindliche Entwicklung angesehen, ob und für wie lange das

²¹⁴ *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 32 Rz. 6: Betreuungsschlüssel zumeist zwischen 1:3 und 1:5.

²¹⁵ *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 32 Rz. 10; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 29 Rz. 6.

²¹⁶ *IGfH* 2012, 1.

²¹⁷ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 32 Rz. 7.

²¹⁸ *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 32 Rz. 1.

²¹⁹ *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 32 Rz. 1.

²²⁰ *AKJStat* 2014, 68.

Kind eine Kindertageseinrichtung besuchen soll.²²¹ Hier erfolgt eine deutlich weniger intensive pädagogische Arbeit als in einer Tagesgruppe. Auch die Erziehung in der Tagesgruppe kann somit als Hilfeart betrachtet werden, bei der sich die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Hilfe als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung erweist, die von beiden personensorgeberechtigten Eltern einvernehmlich zu treffen ist.

Weniger eindeutig ist die Zuordnung der Sozialen Gruppenarbeit nach § 29 SGB VIII. Sie kann von ihrer Rolle zwischen offenen pädagogischen Angeboten, beratenden Hilfen und der Erziehung außerhalb der eigenen Familie angesiedelt werden.²²² Sie wurde in den Katalog der Arten der Hilfe zur Erziehung aufgenommen, um Angebote zusammenzufassen, die in der Jugendhilfepraxis bereits im Vorfeld des SGB VIII in Form von Kursen und fortlaufender Gruppenarbeit entwickelt worden waren.²²³ Die Hilfeart ist sowohl hinsichtlich ihrer Dauer als auch hinsichtlich der Methoden und Organisationsstruktur ein vielgestaltiges Angebot. In organisatorischer Hinsicht lassen sich insbesondere zwei Formen unterscheiden: Zum einen gibt es zeitlich begrenzte Kurse, die ein einzelnes Wochenende bis hin zu mehreren Monaten umfassen können.²²⁴ Zum anderen bestehen fortlaufende Angebote, die den Minderjährigen jederzeit ermöglichen, ein- oder auszusteigen²²⁵ und die bis zu zwei Jahren andauern.²²⁶ Angesichts dieser erheblichen Unterschiede lässt sich nicht die generelle Aussage treffen, dass die Hilfe zumeist auf längere Dauer angelegt ist und wesentliche Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen mit sich bringt. Die Frage, ob es sich um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handelt, ist somit im Einzelfall zu entscheiden,

Die Erziehungsberatung nach § 28 SGB VIII steht am Anfang des Katalogs der gesetzlich verankerten Hilfearten und ist damit von der Systematik des Hilfekatalogs in den §§ 28 bis 35 SGB VIII her die am wenigsten intensive Hilfe zur Erziehung. Die Hilfe ist in der Regel auf einen eher kurzen Zeitraum angelegt. Die im Jahr 2014

²²¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 19. Juli 2004 – 9 UF 89/04, JAmt 2005, 47, 48; ebenso zur Auswahl der konkreten Kindertageseinrichtung: OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 14. November 2008 – 3 UF 334/07, juris Rz. 5; *Hennemann* in MünchKomm BGB 2012 § 1687 Rz. 10; *Veit* in BeckOK BGB § 1687 Rz. 16.2; *Schilling* NJW 2007, 3233, 3234.

²²² *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 29 Rz. 5; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 29 Rz. 5.

²²³ *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 29 Rz. 1; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 29 Rz. 1.

²²⁴ *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 29 Rz. 2 f.

²²⁵ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 29 Rz. 7.

²²⁶ *AKJStat* 2014, 62.

beendeten Beratungen dauerten im Durchschnitt knapp sechs Monate.²²⁷ Dabei war die Beratung in rund 45 Prozent der Fälle innerhalb von drei Monaten beendet, in weiteren rund 24 Prozent lag die Dauer der Beratung zwischen drei und sechs Monaten.²²⁸ Die Anzahl der Beratungskontakte lag in rund 56 Prozent der Fälle bei bis zu fünf, in rund 22 Prozent der Fälle bei sechs bis zehn.²²⁹ Es überwiegen also deutlich Fälle mit einer geringen Dauer und einer geringen Anzahl von Beratungskontakten. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass es sich in vielen Fällen nicht um eine Hilfe handelt, die in intensiver Weise in die Entwicklung des Kindes einwirkt. Zudem wurde bezogen auf die im Jahr 2014 beendeten Beratungen mit rund 53 Prozent der überwiegende Teil der Beratungen vorrangig mit den Eltern bzw. einem Elternteil geführt. In erster Linie mit der Familie – also unter Einbezug des Kindes – wurden rund 35 Prozent der Beratungen geführt und nur rund 13 Prozent richteten sich primär an den jungen Menschen selbst.²³⁰ Kinder und Jugendliche werden somit zum überwiegenden Teil allenfalls mittelbar durch ein verändertes Erziehungsverhalten der Eltern durch die Beratung beeinflusst. Darüber hinaus zählt zu den Grundprinzipien der Erziehungsberatung ihr niedrigschwelliger, unmittelbarer Zugang.²³¹

Als

einzige Hilfe ist sie in § 36a Abs. 2 SGB VIII ausdrücklich von der grundsätzlichen Regelung in § 36a Abs. 1 SGB VIII ausgenommen, nach der Hilfe zur Erziehung im Regelfall nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn sie auf Grundlage der Entscheidung des Jugendamts nach Maßgabe des Hilfeplans erbracht wird. Im Unterschied zu den anderen Hilfen zur Erziehung kann sich die ratsuchende Person also ohne vorherige Einschaltung des Jugendamts an einen Beratungsdienst wenden.²³² Das hat zur Folge, dass in der Regel für diese Hilfe keine Hilfeplanung im Jugendamt erfolgt.²³³ Die Schwelle, sich im Rahmen der Erziehungsberatung mit familiären Problemen an Dritte zu wenden, darf nicht durch Hürden organisatorischer oder verfahrensrechtlicher Art erhöht werden.²³⁴ Es soll ratsuchenden Personen so leicht wie möglich gemacht werden, die Beratung zu erhalten.²³⁵ Dieser niedrigschwellige Zugang wäre gefährdet, wenn bei gemeinsamer elterlicher Sorge die

²²⁷ Statistisches Bundesamt 2016, 62.

²²⁸ Statistisches Bundesamt 2016, 62, Prozentangaben nach eigenen Berechnungen.

²²⁹ Statistisches Bundesamt 2016, 51, Prozentangaben nach eigenen Berechnungen.

²³⁰ Statistisches Bundesamt 2016, 62, Prozentangaben nach eigenen Berechnungen.

²³¹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 28 Rz. 20.

²³² Struck in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 28 Rz. 18.

²³³ Bke 2006, 3 f.; ausführlich dazu 7.3.2.

²³⁴ BMFSFJ, Zehnter Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 13/11368, 263; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 28 Rz. 20.

²³⁵ Nonninger in LPK-SGB VIII 2016 § 28 Rz. 8.

Inanspruchnahme der Erziehungsberatung in jedem Fall einvernehmlich entschieden und bei fehlender Einigung gerichtlich erstritten werden müsste. Für die Erziehungsberatung lässt sich also sagen, dass ihre Inanspruchnahme in der Regel als Angelegenheit des täglichen Lebens zu betrachten ist.²³⁶ Allerdings werden Erziehungsberatungsstellen auch von Familien mit komplexen Problemstrukturen in Anspruch genommen.²³⁷ Sofern es sich um schwerwiegende Probleme und eine langfristige Beratung handelt, ist ein erheblicher Einfluss auf die Person und die Entwicklung des Minderjährigen zu erwarten. In diesen Fällen handelt es sich bei der Frage der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung und es ist Einvernehmen beider personensorgeberechtigter Elternteile erforderlich.²³⁸ Bei der Einschätzung, ob von schwerwiegenden Problemen auszugehen ist, die einen längerfristigen Beratungsprozess erwarten lassen, erscheint mit dem OVG Rheinland-Pfalz²³⁹ die Orientierung daran sinnvoll, ob ein Hilfeplanverfahren nach § 36 Abs. 2 SGB VIII stattfindet. Die Vorschrift fordert ein Hilfeplanverfahren für den Fall, dass Hilfe voraussichtlich für einen längeren Zeitraum zu leisten ist. Die Bundeskonferenz für erzieherische Hilfen empfiehlt, den Begriff des längeren Zeitraums für die Erziehungsberatung dahingehend zu bestimmen, dass er als gegeben betrachtet wird, wenn die Beratung (voraussichtlich) den Zeitraum eines Jahres überschreitet oder wenn mehr als zwanzig Kontakte vorgesehen bzw. erfolgt sind.²⁴⁰

Damit wird die Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung in aller Regel nicht als Angelegenheit des täglichen Lebens zu betrachten sein. Nur Hilfen mit geringer Intensität, wie etwa eine wenig intensiv angelegte Teilnahme an einer Sozialen Gruppenarbeit für einen eher kurzen Zeitraum oder das Aufsuchen einer Erziehungsberatungsstelle mit wenigen Beratungskontakten, können als Angelegenheit des täglichen Lebens gewertet und somit durch den Elternteil, bei dem sich das Kind bzw. der Jugendliche gewöhnlich aufhält, allein entschieden werden.

Für diese Hilfen gilt es zu klären, ob die Alleinentscheidungsbefugnis eines Elternteils auch dann gilt, wenn das Kind von beiden Elternteilen in etwa im gleichen zeitlichen Umfang betreut wird.

²³⁶ *Menne*, ZfJ 2001, 217, 220; *bke*, ZfJ 2002, 66, 67.

²³⁷ *BMFSFJ*, Zehnter Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 13/11368, 245; *Struck* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 28 Rz. 16.

²³⁸ *Menne*, ZfJ 2001, 217, 220; *bke*, ZfJ 2002, 66, 67.

²³⁹ OVG RP, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 7 A 10868/12, ZKJ 2013, 84, 87.

²⁴⁰ *Bke* 2006, 4.

Anspruchsinhaberschaft im Doppelresidenzmodell

Das Modell des § 1687 BGB geht davon aus, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei einem der beiden Elternteile hat. Insofern geht die Regelung vom Residenzmodell aus, bei dem das Kind nach der Trennung der Eltern überwiegend bei einem Elternteil lebt und der andere Elternteil regelmäßig Umgangskontakte wahrnimmt.²⁴¹ Es findet sich keine ausdrückliche Regelung dazu, ob bzw. wie auch in anderen denkbaren Aufenthalts- und Betreuungsmodellen die Regelung der Alltagssorge zur Anwendung kommt. Denkbare alternative Modelle sind neben dem Residenzmodell insbesondere das Doppelresidenz- oder Wechselmodell und das Nestmodell. Beiden Modellen ist gemeinsam, dass sich beide Eltern bei der Betreuung des Kindes periodisch abwechseln, sei es nach Tagen, Wochen oder Monaten.²⁴² Im Doppelresidenzmodell oder Wechselmodell im engeren Sinne²⁴³ wechselt das Kind seinen Aufenthalt zwischen den Eltern, lebt also abwechselnd in etwa für gleich lange Zeiträume in den Haushalten beider Elternteile. Üblicherweise wird in der rechtlichen Diskussion die Grenze zwischen Residenzmodell mit Umgang zum anderen Elternteil und Wechselmodell bei einem Betreuungsverhältnis beider Elternteile von mindestens 30 Prozent zu 70 Prozent – im Idealfall 50 Prozent zu 50 Prozent – gezogen.²⁴⁴ Im Nestmodell dagegen lebt das Kind in einer Wohnung, in der es von beiden Elternteilen abwechselnd betreut wird.²⁴⁵ Ein weiteres mögliches Modell ist die „Freie Betreuung“ (Free Access), in dem auf einen Betreuungsplan verzichtet wird und das Kind nach seinen spontanen Bedürfnissen freien Zugang zu beiden Eltern hat.²⁴⁶ Das Nestmodell und das Konzept des Free Access spielen bislang in der Praxis kaum eine Rolle,²⁴⁷ während das Wechselmodell in den vergangenen Jahren zunehmend Bedeutung erlangt hat. In seiner Resolution „Equality and shared parental responsibility: the role of fathers“ vom 14. September 2015 fordert der Europarat die Mitgliedsstaaten auf, das Prinzip des abwechselnden Aufenthalts des Kindes bei beiden Elternteilen gesetzlich zu verankern. Als Ausnahmetatbestände, die der abwechselnden Betreuung des Kindes durch beide Eltern entgegen-

²⁴¹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29. August 2000 – 5 UF 39/99, FamRZ 2001, 639, 641; Schilling, NJW 2007, 3233, 3236.

²⁴² DFGT 2014, 1.

²⁴³ In diesem engeren Sinne wird der Begriff „Wechselmodell“ im Weiteren verwendet.

²⁴⁴ Bergmann, ZKJ 2013, 489; DFGT 2014, 2.

²⁴⁵ Sünderhauf 2013, 57 f.; DIJuF 2015.

²⁴⁶ Sünderhauf 2013, 58.

²⁴⁷ Hennemann in MünchKomm BGB 2012 § 1671 Rz. 91; Sünderhauf 2013, 55; DFGT 2014, 1.

stehen, werden ausschließlich Fälle von Gewalt und Vernachlässigung genannt.²⁴⁸ Insbesondere das Doppelresidenzmodell dürfte damit zukünftig eine stärkere Bedeutung erlangen. Es stellt sich somit die Frage nach der Anwendung von § 1687 BGB in diesen Fällen.

Hierzu wird teilweise vertreten, die Alleinentscheidungsbefugnis nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB fände keine Anwendung, da ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes angesichts des Wechsels zwischen den Wohnungen der Eltern nicht feststellbar sei. Für den Elternteil, bei dem sich das Kind gerade aufhalte, gelte die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung nach § 1687 Abs. 1 Satz 4 BGB. In allen übrigen Fragen sei stets eine einvernehmliche Entscheidung der Eltern erforderlich²⁴⁹ bzw. die Entscheidungsverantwortung eigenverantwortlich untereinander aufzuteilen.²⁵⁰ Für diesen Lösungsweg spreche die besondere Konflikthanfälligkeit des Wechselmodells.²⁵¹ Demgegenüber geht eine andere Auffassung davon aus, dass das Kind auch beim Doppelresidenzmodell einen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Hiernach wechsele der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zwischen den Haushalten der beiden Eltern,²⁵² womit auch die Befugnis zur Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens jeweils wechsele.²⁵³ Dies wird teilweise damit begründet, der Zweck des Wechselmodells sei es gerade, dem Kind zwei gewöhnliche Aufenthaltsorte zu geben und es dort auch ein Alltagsleben mit dem jeweiligen Elternteil führen zu lassen. Auf dessen Erleichterung im Hinblick auf die Abstimmung der Eltern untereinander sei die Regelung des § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB gerade ausgerichtet.²⁵⁴

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird auf zivilrechtlicher Ebene in Art. 5 EGBGB genannt, ohne dort definiert zu werden. Im BGB findet sich lediglich eine Regelung zum Wohnsitz des Kindes (§ 11 BGB), nicht jedoch zur Frage des gewöhnlichen Aufenthalts. Eine Legaldefinition des Begriffs findet sich in § 30 Abs. 3

²⁴⁸ Council of Europe 2015 Resolution 2079 Nr. 5.5: „introduce into their laws the principle of shared residence following a separation, limiting any exceptions to cases of child abuse or neglect, or domestic violence, with the amount of time for which the child lives with each parent being adjusted according to the child's needs and interests“, mit Erläuterung in Doc. 13870, 6 ff.

²⁴⁹ Bergmann, ZKJ 2013, 489.

²⁵⁰ Sünderhauf 2013, 83, 489.

²⁵¹ Peschel-Gutzeit in Kaiser u.a. 2014 § 1687 Rz. 14.

²⁵² Finke, NZFam 2014, 865, 867.

²⁵³ OLG Schleswig, Beschluss vom 19. Dezember 2013 – 15 UF 55/13, FamRB 2014, 251, 252; Hennemann in MünchKomm BGB 2012 § 1687 Rz. 1; Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 23; Salgo in Staudinger 2009 § 1687 Rz. 15; Finke, NZFam 2014, 865, 867.

²⁵⁴ Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 21; Schilling, NJW 2007, 3233, 3236 f.; DFGT 2014, 18.

Satz 2 SGB I. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, „*wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt*“. Eine konkret erforderliche (geplante) Verweildauer benennt das Gesetz nicht. Sowohl in Bezug auf Art. 5 EGBGB als auch in Bezug auf § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I kommt es auf ein längeres (geplantes) Verweilen i.S. eines Daseinsmittelpunkts an. Dabei wird in der Literatur zumeist eine Zeitspanne von ca. sechs Monaten gefordert.²⁵⁵ Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts könnte auf Grundlage dieser Regelungen unter Berücksichtigung der besonderen Konstellation des Wechselmodells für das Kind ausgelegt werden. Es erscheint jedoch sachgerecht, sich aufgrund der größeren inhaltlichen Nähe an der Auslegung des Begriffs im Kontext der Verordnung der Europäischen Union über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (Brüssel IIa)²⁵⁶ zu orientieren. In Art. 2 Nr. 11, Art. 8 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 der Verordnung wird jeweils auf den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts Bezug genommen, ohne dass dieser innerhalb der Verordnung definiert wird. Zur Auslegung dieses Begriffs hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, „*dass darunter der Ort zu verstehen ist, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen*.“²⁵⁷ Diese Definition trägt der besonderen Situation von Kindern Rechnung, die nicht dauerhaft im gleichen Haushalt leben, sondern sich abwechselnd bei beiden Elternteilen aufhalten. Lässt man den internationalen Bezug der Begriffsbestimmung des Gerichts außer Acht, bedeutet dies, dass für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bei einem Elternteil eine gewisse soziale und familiäre Integration des Kindes bei dem Elternteil erforderlich ist. Hierfür sind Dauer, Regelmäßigkeit und Gründe des Aufenthalts sowie die sozialen und familiären Bindungen des Kindes zu berücksichtigen. Angesichts der Tatsache, dass der Auf-

²⁵⁵ Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 21.1 m.w.N.; so auch für den Begriff in Art. 4 Satz 1 HKÜ: OLG Hamm, Beschluss vom 27. März 2012 – II-11 UF 17/12, openjur Rz. 106.

²⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 (ABl EG L 338, 1).

²⁵⁷ EuGH, Urteil vom 02. April 2009 – C-523/07, FamRZ 2009, 843, 845; so auch Urteil vom 22. Dezember 2010 – C-497/10, Celex-Nr. 62010CJ0497 Rz. 44 ff.; Urteil vom 09. Oktober 2014 – C-376/14, FamRZ 2015, 107, 110.

enthalt des Kindes bei beiden Elternteilen im Rahmen des Wechselmodells jeweils mindestens 30 Prozent seiner Zeit beträgt, die Aufenthalte auch der für das Modell vereinbarten Regelmäßigkeit folgen und sowohl soziale als auch familiäre Bindungen des Kindes zu beiden Elternteilen bestehen, ist von einem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern auszugehen.²⁵⁸

Soweit die Position, die die Alltagssorge im Fall des Wechselmodells ablehnt, mit der Konflikthanfälligkeit dieses Modells argumentiert, ist dieser Aspekt zunächst zutreffend. Die gemeinsame – wenn auch abwechselnde – Betreuung eines Kindes im Rahmen des Wechselmodells setzt die Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft beider Eltern voraus,²⁵⁹ die von einer entsprechenden Kommunikationsfähigkeit begleitet sein muss.²⁶⁰ Für das Funktionieren eines Wechselmodells im Sinne des Kindeswohls genügt nicht das für die gemeinsame elterliche Sorge ohnehin erforderliche „Mindestmaß“ an Übereinstimmung zwischen den Eltern. Darüber hinaus ist Konsens in wesentlichen Erziehungs- und Betreuungsfragen sowie die Bereitschaft zur – ggf. wiederholten – Anpassung des Modells bei Änderung der Umstände im Interesse des Kindeswohls erforderlich.²⁶¹ Eine nicht aufeinander abgestimmte gemeinsame Betreuung führt im günstigsten Fall zu einem bloßen Nebeneinander der Betreuungsanteile der Eltern, kann darüber hinaus jedoch auch zu Belastungen und unter Umständen sogar zu Schäden beim Kind führen.²⁶² Angesichts dieser Grundvoraussetzung, die auch eine hohe Konfliktfähigkeit erfordert, erscheint es nicht als ausgeschlossen, auch im Rahmen des Wechselmodells die Entscheidung von Angelegenheiten des täglichen Lebens dem Elternteil zuzuordnen, bei dem sich das Kind jeweils im Rahmen des Modells aufhält.²⁶³ Aufgrund des hohen Abstim-

²⁵⁸ A.A. Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 21.1: Es bliebe unklar, ab welcher Dauer und Regelmäßigkeit bei einem Wechselmodell diese Voraussetzungen bejaht werden könnten.

²⁵⁹ So etwa OLG Naumburg, Beschluss vom 06. März 2013 – 3 UF 186/12, FamRZ 2014, 50; OLG Brandenburg, Beschluss vom 15. Oktober 2013 – 3 UF 90/12, FamRZ 2014, 1124; Hennemann in MünchKomm BGB 2012 § 1671 Rz. 91; Veit in BeckOK BGB § 1671 Rz. 62; a.A.: KG Berlin, Beschluss vom 28. Februar 2012 – 18 UF 184/09, FamRZ 2012, 886; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05. November 2013 – 5 UF 27/13, FamRZ 2014, 1124: Ein Umgang von einer Woche jeden Monat kann auch gegen den Willen eines Elternteils dem Kindeswohl entsprechen; kritisch dazu Mach-Hour, NZFam 2014, 282.

²⁶⁰ OLG München, Beschluss vom 15. Januar 2013 – 4 UF 1827/12, FamRZ 2013, 1822, 1823; a.A. Sünderhauf 2013, 84: „Wenn Eltern nicht zu minimaler Kooperation im Stande sind, werden sie an der Aufgabe scheitern, gemeinsam verantwortungsvolle Grundsatz- und Alltagsentscheidungen für ihre Kinder zu treffen. Dies ist jedoch kein Grund, das Wechselmodell scheitern zu lassen.“

²⁶¹ DFGT 2014, 15.

²⁶² Finke, NZFam 2014, 865, 867.

²⁶³ A.A. Sünderhauf 2013, 82: Das Wechseln der Verantwortung zwischen den Eltern wäre nicht kindeswohlgerecht.

mungserfordernisses der Eltern untereinander kann es erforderlich sein, den Kreis der Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung weiter zu fassen als beim Residenzmodell, um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, die aus einander widersprechenden Entscheidungen resultieren können.²⁶⁴ Es kann durch die abwechselnde Wahrnehmung der Alltagssorge zu Konflikten kommen, etwa wenn die durch einen Elternteil im Rahmen seiner Alltagssorge getroffenen Entscheidungen Auswirkungen auf einen Zeitraum haben, in dem sich das Kind beim anderen Elternteil aufhält und dieser die Alltagssorge innehat, oder wenn ein Elternteil die Entscheidungen, die der andere im Rahmen seiner Alltagssorge getroffen hat, während des Aufenthalts des Kindes bei ihm konterkariert.²⁶⁵ In diesen Fällen wäre jedoch unabhängig von der Frage der Alltagssorge die Tragfähigkeit des Wechselmodells an sich infrage gestellt, da die notwendige gesteigerte Konsens- und Kooperationsfähigkeit der Eltern nicht mehr gegeben wäre.²⁶⁶ Darüber hinaus erscheint es als fraglich, ob die Situation, die sich ergäbe, wenn die Alltagssorge nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB im Wechselmodell nicht zum Tragen käme, weniger Konfliktpotential mit sich brächte. Denn diese würde zu der Notwendigkeit führen, in jeder Alltagsfrage, die über Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung hinausgeht, eine einvernehmliche Entscheidung zu treffen.

Im Ergebnis ist daher die Anwendbarkeit des § 1687 BGB auch im Doppelresidenzmodell zu bejahen.

3.1.1.1.3 Nicht sorgeberechtigte Elternteile

Elternteile, die nicht Inhaber der Personensorge sind, können dagegen schon vom Wortlaut der Norm her aus § 27 Abs. 1 SGB VIII keine Ansprüche ableiten. Inhaltlich resultiert dies daraus, dass sich Hilfe zur Erziehung als Unterstützung bei der Erziehung eines Kindes oder Jugendlichen versteht. Damit richtet sie sich nur an zur Erziehung verpflichtete und berechtigte Personen.²⁶⁷ Die Situation, dass ein Elternteil nicht Inhaber der Personensorge und damit auch nicht Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ist, ergibt sich insbesondere in drei Konstellationen: Dies betrifft zunächst die Fälle, in denen der nicht mit der Mutter des Kindes verheiratete Vater mangels Sorgeerklärung bzw. familiengerichtlicher Entscheidung zur Übertragung

²⁶⁴ Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 19; Finke, NZFam 2014, 865, 867.

²⁶⁵ Mit Beispielen Peschel-Gutzeit in Kaiser u.a. 2014 § 1687 Rz. 14; DFGT 2014, 18.

²⁶⁶ Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 23.

²⁶⁷ VG München, Urteil vom 15. Dezember 2010 – M 18 K 10.4853, juris Rz. 14 f.; Urteil vom 13. April 2011 – M 18 K 09.6149, juris Rz. 25 f.

der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht sorgeberechtigt ist. Zudem tritt die Situation ein, wenn einem Elternteil nach der Trennung durch Entscheidung des Familiengerichts nach § 1771 Abs. 1 BGB die alleinige Personensorge übertragen worden ist. Schließlich handelt es sich um die Fälle, in denen einem Elternteil durch familiengerichtliche Entscheidung auf der Grundlage von § 1666 BGB die Personensorge entzogen worden ist.

Einem Elternteil, der nicht Inhaber der Personensorge ist, kann allenfalls ein Informationsanspruch zustehen. Sofern der nichtsorgeberechtigte Elternteil nach §§ 91, 92 SGB VIII zu einem Kostenbeitrag aufgrund der Erbringung von Hilfe zur Erziehung herangezogen wird, hat er grundsätzlich Anspruch darauf, über Grund, Inhalt und voraussichtliche Dauer der Hilfe informiert zu werden. Dieser Anspruch folgt daraus, dass er durch einen auf Grundlage einer rechtswidrigen Hilfeleistung ergangenen Kostenbescheid in seinen Rechten verletzt sein kann. Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG fordert daher, dass ihm – unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben – die für die Ausübung seiner Rechte notwendigen Informationen übermittelt werden.²⁶⁸ Im Rahmen von Rechtsmitteln gegen den Kostenbescheid kann der nichtsorgeberechtigte Elternteil sich mittelbar gegen die Gewährung der Hilfe zur Erziehung wenden, da bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Heranziehung zu einem Kostenbeitrag auch die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Jugendhilfeleistung als notwendige Voraussetzung zu prüfen ist.²⁶⁹

3.1.1.2 Vormund oder Pfleger als Anspruchsinhaber

Inhaber der Personensorge können auch sonstige Personen sein; der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung beschränkt sich nicht auf die Eltern des Minderjährigen.²⁷⁰ Infrage kommt zunächst für die Fälle bestellter oder gesetzlicher Vormundschaft der Vormund des Minderjährigen als Personensorgeberechtigter.

Ein Minderjähriger erhält nach § 1773 BGB in drei Fällen einen Vormund: wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht (§ 1773 Abs. 1 1. Alt.), wenn seine Eltern nicht zu seiner Vertretung berechtigt sind (§ 1773 Abs. 1 2. Alt.), oder wenn sein Familienstand nicht zu ermitteln ist (§ 1773 Abs. 2).

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die gesetzliche Amtsvormundschaft des

²⁶⁸ VG Freiburg, Urteil vom 19. April 2012 – 4 K 2209/11, FamRZ 2013, 161 f. mit einer ausführlichen Interessenabwägung zwischen dem Informationsanspruch und datenschutzrechtlichen Belangen.

²⁶⁹ VGH BW, Urteil vom 17. März 2011 – 12 S 2823/08, ZKJ 2011, 262.

²⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1995 – 5 C 2/94, BVerwGE 100, 178.

Jugendamts für außerhalb einer Ehe geborene Kinder, deren Mütter minderjährig sind: Nach § 1673 Abs. 2 BGB ruht die elterliche Sorge eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Elternteils aufgrund eines rechtlichen Hindernisses. Gemäß § 1673 Abs. 2 i.V.m. § 106 BGB ruht die elterliche Sorge eines Elternteils somit vor Vollendung seines 18. Lebensjahrs, sodass das Kind einen Vormund benötigt. Für den Fall, dass die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, trifft § 1791c BGB diesbezüglich eine spezielle Regelung: Hiernach wird mit der Geburt eines außerhalb einer bestehenden Ehe geborenen Kindes, das eines Vormundes bedarf, das Jugendamt von Gesetzes wegen Vormund.

Gemäß § 1793 BGB hat der Vormund die Pflicht und das Recht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen. Er ist also Inhaber der gesamten Sorge für den Minderjährigen und somit unproblematisch Personensorgeberechtigter im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII. Ihm steht also grundsätzlich ein möglicher Anspruch auf Hilfe zur Erziehung zu.

Eine abweichende Betrachtung könnte sich im Falle der angesprochenen Amtsvormundschaft des Jugendamts gemäß § 1791c Abs. 1 BGB wegen Minderjährigkeit der Mutter ergeben. Wenn die elterliche Sorge wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit ruht, so steht die Personensorge für das Kind neben dem gesetzlichen Vertreter gemäß § 1673 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dem minderjährigen Elternteil zu. Hier stehen somit zwei Personensorgeberechtigte nebeneinander. Die Personensorge teilt sich jedoch nicht in der Weise auf, dass beiden voneinander abgegrenzte Teile zustehen, sondern der Vormund und die minderjährige Mutter des Kindes sind jeweils Inhaber der gesamten Personensorge. Der minderjährigen Mutter steht die tatsächliche Personensorge²⁷¹ für das Kind als sachlich beschränktes Sorgerecht neben dem Vormund als gesetzlichem Vertreter als weiterem Personensorgeberechtigten zu.²⁷² Damit sind auch beide Anspruchsinhaber gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII. Bei Meinungsverschiedenheiten ist die Meinung des minderjährigen Elternteils nach § 1673 Abs. 2 Satz 3 BGB gegenüber der des Vormunds vorrangig. Dem Elternteil steht ein selbstständiges Antrags- und Beschwerderecht zu.²⁷³

²⁷¹ Zur Grenzziehung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Personensorge *Ollmann*, JAmt 2003, 572 ff.

²⁷² *Veit* in BeckOK BGB § 1673 Rz. 7.

²⁷³ BayObLG, Beschluss vom 28. Januar 1969 – BReg. 1b Z 99/68, FamRZ 1969, 430 f.; *Hennemann* in MünchKomm BGB 2012 § 1673 Rz. 9; *Veit* in BeckOK BGB § 1673 Rz. 7; *Coester* in Staudinger 2009 § 1673 Rz. 24.

Inhaber der Personensorge kann im Falle einer Pflegschaft nach § 1909 BGB auch der Pfleger des Minderjährigen sein. Gemäß § 1909 Abs. 1 BGB erhält eine unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft stehende Person für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger. Im Gegensatz zum Vormund ist der Pfleger somit nicht Inhaber der gesamten Sorge für den Minderjährigen, sondern nur von Teilen, in denen die Eltern (oder ggf. der Vormund) nicht sorgeberechtigt und -verpflichtet sind. Sofern dem Pfleger umfassend die Personensorge des Minderjährigen zugewiesen ist, ist er alleiniger Personensorgeberechtigter für den betreffenden Minderjährigen und damit auch unproblematisch Anspruchsinhaber gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Pfleger nur Teilbefugnisse der Personensorge innehat. Zwar ist er auch dann ein Personensorgeberechtigter des Kindes oder des Jugendlichen, neben ihm gibt es jedoch mit den Eltern bzw. einem Elternteil oder dem Vormund des Minderjährigen mindestens eine weitere Person, der ebenfalls Teilaspekte des Personensorgerechts zustehen. Hier stellt sich die Frage, ob jeder, der Teile der Personensorge innehat, Anspruchsberechtigter im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist bzw. an welche Teilaspekte der Personensorge der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung angebunden ist.

Diese Frage hat ihre Bedeutung insbesondere in Fällen der Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB. Sofern eine Gefährdung des Kindeswohls im Sinne der §§ 1666, 1666a BGB vorliegt und die Eltern des Minderjährigen die zur Abwendung der Gefährdung nötigen Hilfen nicht annehmen, ist zum Schutz des Minderjährigen oft der Entzug des elterlichen Personensorgerechts oder jedenfalls wesentlicher Teile hiervon und die Übertragung auf einen Pfleger bzw. einen Vormund durch das Familiengericht erforderlich.²⁷⁴ So soll ermöglicht werden, die Kindeswohlgefährdung durch die Gewährung von Hilfe zur Erziehung zu beenden. Hier stellt sich die Frage, welche Aspekte der elterlichen Sorge vom Familiengericht entzogen und auf einen Pfleger übertragen werden müssen, damit dieser Anspruchsinhaber gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII wird und über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung entscheiden kann. In diesem Zusammenhang ist der Umfang des erforderlichen Sorgerechtsentzugs umstritten. Uneinigkeit besteht in erster Linie darüber, ob der Entzug allein des Aufenthaltsbestimmungsrechts und seine Übertragung auf einen Pfleger diesem gleichzeitig die Befugnis verleiht, über die Inanspruchnahme von

²⁷⁴ Zu den Einzelheiten der Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und den möglichen Maßnahmen des Familiengerichts vgl. Kapitel 5.

Hilfe zur Erziehung zu entscheiden,²⁷⁵ oder ob es hierzu erforderlich ist, dass der Pfleger weitere Teile bzw. die gesamte Personensorge innehat.²⁷⁶

Während des ersten Jahrzehnts nach Inkrafttreten des SGB VIII entsprach es der üblichen Praxis der Rechtsprechung, um die Hilfe zur Erziehung gegen den Willen der Eltern zu ermöglichen, diesen das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen und auf einen Pfleger zu übertragen.²⁷⁷ Der Entzug gerade des Aufenthaltsbestimmungsrechts rechtfertigte sich daraus, dass bei Kindeswohlgefährdungen oft die Fremdunterbringung des Minderjährigen vorgenommen wird, da ein Verbleib in der Herkunftsfamilie aufgrund der Gefahrenlage vielfach nicht vertretbar ist. In dieser Situation neigte die Rechtsprechung der Vormundschafts- bzw. der Familiengerichte lange Zeit dazu, zur Realisierung der Fremdunterbringung den Eltern nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil des Personensorgerechts zu entziehen und auf einen Pfleger – zumeist auf das Jugendamt – zu übertragen, um den Entzug der gesamten Personensorge oder gar der gesamten elterlichen Sorge zu vermeiden. Zur Begründung dieser Entscheidungspraxis wurde angeführt, es sollte dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden,²⁷⁸ der es gebietet, den Eingriff in Rechtspositionen der Eltern oder sonstigen Inhaber der elterlichen Sorge auf das jeweils mildeste Mittel zu beschränken. Es müsse somit diejenige erfolgsversprechende Maßnahme gewählt werden, die mit dem geringstmöglichen Eingriff verbunden sei und das sei in diesen Fällen der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts als eines Teils des Personensorgerechts.²⁷⁹ Der Aufenthaltsbestimmungspfleger durfte über die Inanspruchnahme einer Hilfe zur Erziehung in Form einer Fremdunterbringung gemäß §§ 33 (Vollzeitpflege) oder 34 SGB VIII (Heimerziehung) entscheiden.²⁸⁰

Teilweise wurde diese Rechtsauffassung darauf gestützt, auch ein Pfleger mit dem ausschließlichen Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung sei „*ein Personensorgeberechtigter*“ im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII, ohne dass auf die Beteiligung im Verfahren zur Erbringung von Hilfe zur Erziehung oder die Mitwirkung an der Durch-

²⁷⁵ So etwa OVG RP, Urteil vom 13. April 2000 – 12 A 11123/99, FamRZ 2001, 1184; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 1996 – 25 Wx 63/95, FamRZ 1997, 105.

²⁷⁶ So BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232, 233; OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAm 2003, 36, 38; *Tammen/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 38; DV, NDV 1995, 168, 169.

²⁷⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 1996 – 25 Wx 63/95, FamRZ 1997, 105; OVG RP, Urteil vom 13. April 2000 – 12 A 11123/99, FamRZ 2001, 1184.

²⁷⁸ OVG RP, Urteil vom 13. April 2000 – 12 A 11123/99, FamRZ 2001, 1184 ff.

²⁷⁹ OVG RP, Urteil vom 13. April 2000 – 12 A 11123/99, FamRZ 2001, 1184 ff.

²⁸⁰ So etwa LG Darmstadt, Beschluss vom 16. Februar 1995 – 5 T 1414/94, FamRZ 1995, 1435 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 1996 – 25 Wx 63/95, FamRZ 1997, 105 ff.

führung der Hilfe eingegangen wurde.²⁸¹ Mit dieser Begründung wurde auch der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung kumulativ dem Aufenthaltsbestimmungspfleger und den Eltern als den Inhabern des restlichen Personensorgerechts zugeordnet, da es sich jeweils um Personensorgeberechtigte handele.²⁸² Zudem wurde argumentiert, der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts reiche aus, weil dieses auch Erziehungs- und Betreuungskompetenzen umfasse.²⁸³ Um ein praktikables Verfahren zu gewährleisten, dürften nicht das Recht zur Aufenthaltsbestimmung und die Befugnis zur Entscheidung über die Inanspruchnahme von sich daraus ergebenden individuellen Erziehungshilfen auseinanderfallen.²⁸⁴

Demgegenüber reicht nach einer davon abweichenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und dessen Übertragung auf einen Pfleger nicht aus, um diesen zum Anspruchsberechtigten auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII zu machen.²⁸⁵ Diese Auffassung hat sich inzwischen weitgehend durchgesetzt. Danach wird es als erforderlich betrachtet, das gesamte Personensorgerecht oder zumindest ausdrücklich das Recht, Hilfe zur Erziehung nach dem SGB VIII in Anspruch zu nehmen und am Hilfeplanprozess mitzuwirken zu entziehen und auf einen Pfleger zu übertragen²⁸⁶.

Zur Begründung wird angeführt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht umfasse lediglich die privatrechtliche Befugnis, Wohnort und Wohnung des Minderjährigen zu bestimmen, nicht jedoch die Befugnis zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten der Personensorge, wie etwa der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung.²⁸⁷ Es wird dementsprechend für nötig gehalten, den Eltern die Erziehungsver-

²⁸¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 1996 – 25 Wx 63/95, FamRZ 1997, 105 ff.

²⁸² LG Darmstadt, Beschluss vom 16. Februar 1995 – 5 T 1414/94, FamRZ 1995, 1435, 1436; ablehnend dazu *Röchling*, Jugendhilfe 1999, 335, 336; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 13, allerdings unter Hinweis auf die Unpraktikabilität einer solchen Konstellation.

²⁸³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 1996 – 25 Wx 63/95, FamRZ 1997, 105; OLG Hamm, Urteil vom 20. November 1996 – 11 U 61/96, ZfJ 1997, 433; OVG RP, Urteil vom 13. April 2000 – 12 A 11123/99, FamRZ 2001, 1184 ff.; LG Darmstadt, Beschluss vom 16. Februar 1995 – 5 T 1414/94, FamRZ 1995, 1435 ff.

²⁸⁴ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 13.

²⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 332 f.; OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36 ff.; VG Arnberg, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94, FamRZ 1997, 1373 ff.; VG München, Urteil vom 1. Dezember 2010 – M 18 K 08.6049, juris Rz. 26; VG Neustadt/Wstr., Urteil vom 24. Februar 2011 – 4 K 1040/10.NW, juris Rz. 31; *Fricke*, ZfJ 1993, 284, 287; *DV*, NDV 1995, 168 f.

²⁸⁶ BVerwG Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232, 233; OLG München, Beschluss vom 24. November 1994 – 1Z BR 143/94, FamRZ 1995, 502, 503; LG Leipzig, Beschluss vom 17. April 1996 – 1 T 1063/96, DAVorm 1996, 620 ff.; VG Arnberg, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94, FamRZ 1997, 1373 ff.; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 42; *Fricke*, ZfJ 1993, 284 ff.; *DV*, NDV 1995, 168 f.; *Kunkel*, ZfF 1995, 7 f.; *Röchling*, Jugendhilfe 1999, 335 ff.; a.A.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 1996 – 25 Wx 63/95, FamRZ 1997, 105; *DIV*, DAVorm 1997, 393.

²⁸⁷ OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36, 38.

antwortung²⁸⁸ oder ausdrücklich die Befugnis zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung²⁸⁹ zu entziehen und auf einen Pfleger zu übertragen. Darüber hinaus wird vereinzelt auch vertreten, dass der Entzug der gesamten Personensorge erforderlich sei,²⁹⁰ da die auf den Personensorgeberechtigten abzielende Anspruchsberechtigung inhaltlich das gesamte Personensorgerecht im Blick habe. Als Argument wird auch angeführt, dass Erziehungsdefizite im Gefährdungsausmaß des § 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Indiz für grundsätzlich längerfristigen Hilfebedarf seien, was auch dafür spreche, eher die gesamte Personensorge als Teile davon zu entziehen.²⁹¹

§ 27 Abs. 1 SGB VIII weist den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung ohne nähere Differenzierung dem Personensorgeberechtigten zu. Es ist jedoch zweifelhaft, ob daraus folgt, dass jeder Anspruchsinhaber ist, der das Personensorgerecht nur partiell innehat. Inhalt der Personensorge sind gemäß § 1631 Abs. 1 BGB insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Bereits diese nicht abschließende Aufzählung²⁹² verdeutlicht, dass sich die Personensorge aus unterschiedlichen Teilbefugnissen zusammensetzt, die voneinander zu trennen sind.²⁹³

Entsprechend dem Zweck des § 27 Abs. 1 SGB VIII, eine Unterstützung der *Erziehung* des Minderjährigen zu leisten, kann als Anspruchsberechtigter und somit als Personensorgeberechtigter im Sinne der Norm nicht jeder betrachtet werden, dem überhaupt Einzelbefugnisse des Personensorgerechts zustehen. Es muss vielmehr darauf ankommen, dass gerade Erziehungstätigkeiten in den Aufgabenbereich der betreffenden Person fallen.

Die Auffassung, der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts sei ausreichend, wird auf das Argument gestützt, dieses beinhalte als Annex Erziehungs- und Betreuungskompetenzen bzw. die Befugnis, die Personensorge im erforderlichen Umfang für die

²⁸⁸ OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36, 38.

²⁸⁹ BVerwG Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232, 233; OVG NW Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36, 38; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 36; *DV*, *NDV* 1995, 168, 169.

²⁹⁰ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* Vor § 27 Rz. 42; *Schmid* 2004, 103: regelmäßig erforderlich.

²⁹¹ *Röchling* 1997, 254; *ders.*, *Jugendhilfe* 1999, 335, 337 f.

²⁹² *Huber* in *MünchKomm BGB 2012* § 1631 Rz. 2; *Veit* in *BeckOK BGB* § 1631 Rz. 13; weitere Inhalte sind z.B. die Erteilung des Vornamens, die Verantwortung für die gesundheitliche Versorgung des Minderjährigen, die Bestimmung des Umgangs, die Bestimmung der religiösen Erziehung nach § 1 RKEG und die Bestimmung der Ausbildungs- und Berufswahl nach § 1631a BGB.

²⁹³ OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36, 38.

Eltern auszuüben und mit dieser Ausübung auch eine Pflegefamilie oder eine Heimeinrichtung zu betrauen.²⁹⁴ Einer derart weiten Auslegung des Aufenthaltsbestimmungsrechts stehen jedoch bereits der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Gebot der Rechtsklarheit entgegen. Ein Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG darf auf der Grundlage der §§ 1666, 1666a BGB nur in dem Umfang erfolgen, wie dies zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung erforderlich ist.²⁹⁵ Der Umfang des Eingriffs muss dabei klar erkennbar sein,²⁹⁶ d.h. insbesondere die Eltern müssen anhand der gerichtlichen Entscheidung erkennen können, welche Teile der Personensorge ihnen noch zustehen und welche nicht. Hierdurch verbietet sich eine extensive Auslegung des vom Familiengericht getroffenen Eingriffs in die elterliche Sorge.

Dem Aufenthaltsbestimmungsrecht sind erzieherische Befugnisse nicht notwendigerweise immanent. Zwar ist das Recht, den Aufenthalt des Minderjährigen zu bestimmen, eng mit der Wahrnehmung der Erziehung verbunden²⁹⁷ und eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen Teile der Personensorge ist nicht für jeden Lebensbereich möglich.²⁹⁸ Das Erziehungsrecht ist jedoch nicht als Bestandteil bzw. Unteraspekt des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu betrachten. Dies folgt bereits daraus, dass beide Rechte als Teile der Personensorge in § 1631 Abs. 1 BGB selbstständig nebeneinander benannt werden.²⁹⁹ Eine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts allein berechtigt den Aufenthaltspfleger zur privatrechtlichen Bestimmung über den Aufenthalt des Minderjährigen³⁰⁰ und läuft damit auch ohne das Recht zur Entscheidung über die Inanspruchnahme von Leistungen nach § 27 SGB VIII nicht leer. Dieses Recht kann damit nicht pauschal als notwendiger Annex des Aufenthaltsbestimmungsrechts bzw. diesem automatisch immanenter Bestandteil angesehen werden. Es handelt sich vielmehr um einen eigenständigen Aspekt des Personensorgerechts, über den in einem Verfahren vor dem Familiengericht

²⁹⁴ LG Darmstadt, Beschluss vom 16. Februar 1995 – 5 T 1414/94, FamRZ 1995, 1435 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 20. November 1996 – 11 U 61/96, ZfJ 1997, 433.

²⁹⁵ *Olsen* in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 192; *Veit* in BeckOK BGB § 1666 Rz. 35.

²⁹⁶ So für familiengerichtliche Auflagen, Gebote oder Weisungen OLG Bremen, Beschluss vom 02. November 2009 – 4 UF 83/09, JAmt 2009, 629, 632; *Rakete-Dombek* in Kaiser u.a. 2014 § 1666 Rz. 21: Die Maßnahme muss hinreichend konkret sein.

²⁹⁷ *Huber* in MünchKomm BGB 2012 § 1631 Rz. 15.

²⁹⁸ OVG RP, Urteil vom 13. April 2000 – 12 A 11123/99, FamRZ 2001, 1184.

²⁹⁹ BGH, Beschluss vom 04. Juni 2014 – XII ZB 353/13, NJW-RR 2014, 1030.

³⁰⁰ VG Arnshausen, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94, FamRZ 1997, 1373.

nach §§ 1666, 1666 a BGB gesondert zu entscheiden ist.³⁰¹ Trotz der Tatsache, dass die Unterbringung des Minderjährigen außerhalb seiner Herkunftsfamilie oft im Rahmen der Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII erfolgt, ist die Befugnis zur Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung also im Ergebnis kein Annex des Aufenthaltsbestimmungsrechts, sondern ein eigenständiger Bestandteil des Personensorgerechts.

Gleiches gilt für das Mitwirkungsrecht im Verfahren zur Gewährung von Hilfe zur Erziehung, (§§ 36, 37 SGB VIII). Der Pfleger muss berechtigt sein, anstelle der nicht kooperationswilligen Eltern an der Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, die der Gewährung von Hilfe zur Erziehung voranzugehen und sie zu begleiten hat, mitzuwirken. Schon dieses Recht fehlt dem Aufenthaltsbestimmungspfleger.³⁰² Die Beteiligung an der Ausgestaltung der Hilfe zur Erziehung nach §§ 36 und 37 SGB VIII stellt sich jedoch gerade als Konkretisierung des *Erziehungsrechts* als Bestandteil der Personensorge dar.³⁰³ Es ist somit notwendig, dem Pfleger durch das Familiengericht auch die für die Mitwirkung an der Ausgestaltung erforderlichen sorgerechtlichen Befugnisse ausdrücklich zu übertragen.³⁰⁴

Fraglich ist jedoch, ob dies die Übertragung der gesamten Personensorge auf den Pfleger erfordert. Für diese Position wird vorgebracht, dass nur auf diese Weise ein zeitgleiches und ggf. widersprüchliches Handeln durch den Pfleger und durch die Eltern ausgeschlossen werden könne³⁰⁵ und das Jugendamt als Leistungsbehörde auf eine eindeutige Entscheidung über die Frage der Leistungsannahme angewiesen sei.³⁰⁶ Eine pauschale Entscheidung für die Übertragung der gesamten Personensorge auf den Pfleger zum Zweck der Berechtigung zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung erscheint jedoch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als problematisch. Aufgrund des Grundrechtseingriffs, der mit jeder Einschränkung

³⁰¹ BVerwG Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232, 233; OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36, 38; BayObLG, Beschluss vom 24. November 1994 – 1Z BR 143/94, FamRZ 1995, 502, 503; VG Arnsberg, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94, FamRZ 1997, 1373; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 41 f.; *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 20; *Tammen/Trenczek* in Mündel u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 36; *Fricke*, ZfJ 1993, 284, 287; *Kunkel*, ZfF 1995, 7; *Tammen*, UJ 2004, 90, 92; a.A. offenbar *Olzen* in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 196 f.; *Kemper*, FamRZ 1998, 328.

³⁰² VG Arnsberg, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94, FamRZ 1997, 1373 mit kritischer Anmerkung von *Kemper*, FamRZ 1998, 328.

³⁰³ OVG NW, Urteil vom 12. September 2002 – 12 A 4352/01, JAmt 2003, 36, 38; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 14; *Fricke*, ZfJ 1993, 284, 287.

³⁰⁴ *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 14; *Tammen/Trenczek* in Mündel u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 36; *Kunkel*, ZfF 1995, 7.

³⁰⁵ *Tillmanns* in MünchKomm BGB 2012 § 27 SGB VIII Rz. 3; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 42, § 27 Rz. 13; *Röchling*, 1997, 253 f.

³⁰⁶ *Röchling* 1997, 253.

der elterlichen Sorge verbunden ist, gilt für jede entsprechende Maßnahme des Familiengerichts der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Für die Fälle der Trennung des Kindes von seiner Familie und des Entzugs der gesamten Personensorge wird das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit in § 1666a BGB ausdrücklich besonders hervorgehoben. Nach § 1666a Abs. 2 BGB darf die gesamte Personensorge nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, dass sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen. Damit begründet das Gesetz eine besondere Legitimierungspflicht für diese Maßnahme.³⁰⁷ Dies spricht gegen eine pauschale Entscheidung für den Entzug der gesamten Personensorge und deren Übertragung auf einen Pfleger in den Fällen, in denen dieser berechtigt werden soll, Hilfe zur Erziehung zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung in Anspruch zu nehmen.

Im Hinblick auf die Unterteilung der Personensorge in mehrere voneinander zu trennende Teilberechtigungen lässt sich keine Notwendigkeit erkennen, dem Pfleger dafür generell die gesamte Personensorge zu übertragen, um ihn zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung zu berechtigen.³⁰⁸ Ein derartig weitreichender Eingriff in das Elternrecht ist in der Regel nicht notwendig, um Hilfe zur Erziehung für den Minderjährigen realisieren zu können und insofern vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gedeckt.³⁰⁹ Soweit in diesem Zusammenhang damit argumentiert wird, dass Erziehungsdefizite im Gefährdungsausmaß des § 1666 Abs. 1 Satz 1 BGB oftmals Indizien für einen längerfristigen Hilfebedarf seien, so ist nicht überzeugend, warum dieser Umstand dafür sprechen soll, die gesamte Personensorge zu entziehen.³¹⁰ Die zeitliche Perspektive sagt nichts darüber aus, welche Rechte bei den Eltern verbleiben können, ohne dass das Wohl des Minderjährigen weiterhin gefährdet wird. Es sind vielmehr jeweils (nur) die Aspekte der elterlichen Sorge auf einen Pfleger zu übertragen, die für die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung notwendig sind.³¹¹

Der Entzug des „Erziehungsrechts“ als Teil der Personensorge ist in diesem Zusammenhang jedoch zu unbestimmt, da der Begriff nicht hinreichend eingegrenzt ist.³¹² Problematisch ist auch die Errichtung einer Pflegschaft mit dem Wirkungskreis

³⁰⁷ Olzen in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 2.

³⁰⁸ So aber Röchling 1997, 254.

³⁰⁹ Fricke, ZfJ 1993, 284, 287.

³¹⁰ So aber Röchling 1997, 254; ders., Jugendhilfe 1999, 335, 337.

³¹¹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 20; Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 5.

³¹² Fricke, ZfJ 1993, 284, 287.

des Rechts, einen Antrag auf Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII zu stellen und im Hilfeverfahren, auch zum Zweck erforderlicher Unterbringung des Minderjährigen, mitzuwirken.³¹³ Die Betonung der Antragstellung in der Beschreibung des Wirkungskreises des Pflegers lässt außer Acht, dass die Frage des Antragserfordernisses bei der Hilfe zur Erziehung umstritten und noch nicht abschließend geklärt ist.³¹⁴ Infrage kommt demgegenüber etwa der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts sowie der Befugnis, im Rahmen von Hilfe zur Erziehung nach dem SGB VIII auch zum Zwecke der Fremdunterbringung des Minderjährigen mitzuwirken.³¹⁵ Möglich ist auch der Entzug des Rechts auf Inanspruchnahme öffentlicher Jugendhilfeleistungen³¹⁶ sowie auf Mitwirkung im Verfahren und die Übertragung dieser Rechte auf den Pfleger. In Anbetracht der Tatsache, dass die zum Schutz des Kindes erforderliche Hilfe in den betreffenden Fällen in der Regel mit einer Fremdunterbringung des Kindes verbunden ist, ist zusätzlich zu diesen beiden Komponenten die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Pfleger erforderlich.³¹⁷ Im Einzelfall kann aufgrund der konkreten Problemlage der Entzug weiterer Komponenten der Personensorge erforderlich sein, etwa der Gesundheitsfürsorge.³¹⁸

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Praxis der Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Pfleger zur Entscheidung über die Inanspruchnahme von Erziehungshilfen mit der Konzeption der Hilfe zur Erziehung nach den §§ 27 ff. SGB VIII nicht vereinbar ist und insofern mit Inkrafttreten des SGB VIII seine Basis verloren hat. Dem Pfleger muss vielmehr gerade der Teil des Personensorgerechts zustehen, der die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung beinhaltet. Der Entzug der gesamten Personensorge ist jedoch in der Regel nicht erforderlich und insofern vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gedeckt. In der aktuelleren Rechtsprechung sowie in der Literatur hat sich daher zutreffend weitgehend die Meinung durchgesetzt, dass das Innehaben des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Anspruchsberechtigung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII nicht ausreichend ist, sondern neben dem Aufenthaltsbestimmungsrecht ausdrücklich das Recht, Hilfe zur Erziehung nach dem SGB VIII in Anspruch zu nehmen und am Hilfeplanprozess mitzuwir-

³¹³ So der Vorschlag des Deutschen Vereins in DV, NDV 1995, 168, 169.

³¹⁴ Vgl. 7.1.

³¹⁵ So der Vorschlag von Fricke, ZfJ 1993, 284, 287.

³¹⁶ BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232, 233.

³¹⁷ Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 5.

³¹⁸ So etwa VGH BY, Beschluss vom 01. April 2005 – 12 AE 05.67, ZFSH/SGB 2005, 427; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27. März 2013 – 3 UF 93/12, JAmt 2013, 664.

ken, zu entziehen und auf einen Pfleger zu übertragen ist. Anstelle der Eltern ist in dem Fall also ein anderer Personensorgeberechtigter vorhanden, der Anspruchsinhaber nach § 27 Abs. 1 SGB VIII ist und Hilfe zur Erziehung annehmen kann.

3.1.2 Anspruchsinhaberschaft des Kindes oder Jugendlichen

Unter Umständen könnten auch die Kinder und Jugendlichen selbst als Inhaber des Anspruchs nach § 27 Abs. 1 SGB VIII infrage kommen. Gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII hat der Personensorgeberechtigte Anspruch auf Hilfe zur Erziehung. Angesichts des insofern eindeutigen Wortlauts der Norm bleibt kein Raum für die Annahme einer ausschließlichen Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen anstelle der Personensorgeberechtigten. Denkbar ist allenfalls eine zusätzliche Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen neben den Personensorgeberechtigten.

3.1.2.1 Die Positionen in Rechtsprechung und Literatur zur Anspruchsberechtigung der Minderjährigen

Eine solche Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen wird ganz überwiegend abgelehnt.³¹⁹ Diese Auffassung wird zumeist mit der These von der über dem gesamten SGB VIII stehenden Prämisse begründet, dass die öffentliche Jugendhilfe keinen eigenständigen Erziehungsauftrag habe, der neben dem elterlichen Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG stehe.³²⁰ Ein neben dem Elternrecht stehendes staatliches Erziehungsrecht wurde vom Gesetzgeber nur für die Schule anerkannt (Art. 7 GG). Ansonsten verbietet nach überwiegender Ansicht die in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG getroffene Grundentscheidung der Verfassung, den Eltern das Recht und die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder zuzuweisen, ein konkurrierendes Erziehungsrecht des Staates.³²¹ In diesem Zusammenhang wird argumentiert, dass in der Gesellschaft ein breites Spektrum von Erziehungsauffassungen und -modellen bestehe. Die diesbezügliche Verhaltens- und Wahlfreiheit sei innerhalb weiter Vertretbarkeitsgrenzen Teil der Freiheitlichkeit des gesellschaftlichen Gesamtsystems und die elterliche Interpretation des Kindeswohls deshalb der staatlichen grundsätzlich vorrangig.³²² Minderjährigen könne daher aus verfassungsrechtlichen Gründen kein eigenständiger Anspruch auf staatliche Erziehung durch die öffentliche

³¹⁹ So etwa VGH BY, Beschluss vom 26. Juli 2006, 12 C 05.2486, juris Rz. 3; VG Ansbach, Beschluss vom 03. August 2011 – AN 14 K 10.01971, juris Rz. 25; *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 15; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 4; *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 146.

³²⁰ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 68 zu § 26 Abs. 1.

³²¹ *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 146.

³²² *Coester*, FamRZ 1991, 253, 255; *Ollmann*, FamRZ 1992, 388, 389; *Oberloskamp*, FamRZ 1992, 1241, 1243; *Kemper*, ZfJ 1993, 574, 575.

Jugendhilfe eingeräumt werden, da ein solcher Anspruch gedanklich ein staatliches Erziehungsrecht voraussetze.³²³ Das Kind bzw. der Jugendliche habe vielmehr nur ein Recht auf Ausübung der elterlichen Sorge und erst bei „Versagen“ der Eltern einen Anspruch auf Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes. Dieses erlaube eine eigenständige staatliche Erziehung durch die öffentliche Jugendhilfe erst dann, wenn die in §§ 1666, 1666a BGB normierten Voraussetzungen für einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht gegeben seien, also eine Gefährdung des Wohls des Kindes bzw. des Jugendlichen i.S. dieser Normen vorliege.³²⁴

Diese Auffassung wird damit begründet, die aus Art. 6 Abs. 2 GG folgende Grundstruktur der elterlichen Erziehungsverantwortung garantiere dem Kind weder einen optimalen, noch einen überhaupt irgendwie positiv bestimmten Standard von Erziehung.³²⁵ Der Staat habe insofern nicht die Aufgabe, die optimale Erziehung Minderjähriger sicherzustellen, sondern diese (nur) vor Schaden zu bewahren.³²⁶ Der Staat dürfe seine eigenen Vorstellungen von einer gelungenen Kindererziehung grundsätzlich nicht an die Stelle der elterlichen Vorstellungen setzen.³²⁷ Wenn die Personensorgeberechtigten trotz des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII keine Hilfe zur Erziehung in Anspruch nehmen, so seien die Minderjährigen zunächst an diese Entscheidung gebunden. Unterhalb der Eingriffsschwelle des § 1666 BGB, in den Fällen also, in denen keine Gefährdung des Kindeswohls i.S.d. Norm vorliegt, müsse das Kind die aus der elterlichen Entscheidung resultierenden Nachteile dulden. Das Kind habe Lebensschicksale, in die es hineingeboren werde und in denen es aufwachse, hinzunehmen und trage die Folgen der Erziehungsentscheidungen und somit das „Lebensrisiko“ seiner Eltern.³²⁸

Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe könne es daher nicht sein, den Minderjährigen neben den Eltern zu erziehen, sondern die Eltern seien in ihrer Erziehungsverantwortung zu unterstützen und zu ergänzen, damit (nur) auf diese Weise die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen gefördert werden könne.³²⁹ Der Jugendhilfe komme in Bezug auf die Erziehung lediglich eine beratende und unterstützende

³²³ So noch *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2011* § 27 Rz. 4.

³²⁴ *Coester*, *FamRZ* 1991, 253, 255.

³²⁵ So noch *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2011* § 27 Rz. 10.

³²⁶ So etwa BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 1982 – 1 BvR 188/80, *NJW* 1982, 1379; Beschluss vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 2681/07, *FamRZ* 2008, 492, 493; Beschluss vom 29. Januar 2010 – 1 BvR 374/09, *NJW* 2010, 2333; Beschluss vom 24. März 2014 – 1 BvR 160/14, *JAMt* 2014, 223, 225; Beschluss vom 19. November 2014 – 1 BvR 1178/14, *NJW* 2015, 223, 224.

³²⁷ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2014 – 1 BvR 1178/14, *NJW* 2015, 223, 224.

³²⁸ BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2010 – 1 BvR 374/09, *NJW* 2010, 2333; *Paul*, *ZfF* 1994, 76; *Heiß*, *NZFam* 2015, 491, 493.

³²⁹ *Wiesner*, *FuR* 1990, 325, 328.

Bedeutung zu, die nach der Konzeption des SGB VIII ausschließlich den Eltern und nicht den Minderjährigen zugutekomme.³³⁰ Die Gewährung des elterlichen Erziehungsrechts habe den Charakter einer Kompetenzzuweisung, aus der für den Staat ein Gebot zur Abstinenz resultiere und somit ein Verbot, eigenständig Erziehung anzubieten und Erziehungsziele und -inhalte festzulegen. Da es insoweit an einer staatlichen Befugnis fehle, könne auch kein subjektives Recht des Minderjährigen auf Erziehung gegen den Staat bestehen.³³¹

Im Ergebnis ist nach überwiegender Meinung Hilfe zur Erziehung von ihrer Zielsetzung her als Unterstützung der Eltern oder sonstiger Personensorgeberechtigter bei ihrer Erziehungsarbeit zu betrachten. Die Hilfe könne den Minderjährigen daher nur mittelbar begünstigen³³² und zwar als bloßer Reflex der unmittelbar den Eltern oder sonstigen Personensorgeberechtigten gewährten Leistung.³³³

Vereinzelt wird demgegenüber jedoch eine Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen befürwortet. Es wird damit argumentiert, dass das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG in Verbindung mit der Menschenwürde-Garantie aus Art. 1 Abs. 1 GG eine verfassungsrechtliche Garantienorm darstelle.³³⁴ Daraus folge für den Notfall eine Interventionspflicht der staatlichen Gemeinschaft, der insoweit eine Garantenstellung zukomme. Grundsätzlich seien in diesem Fall die Personensorgeberechtigten Anspruchsinhaber im Hinblick auf staatliche Unterstützungsleistungen. In den Fällen, in denen die Personensorgeberechtigten jedoch ihre Ansprüche nicht verfolgten, sei es im Hinblick auf die staatliche Garantenpflicht dogmatisch stimmiger, diesen Grundsatz zu durchbrechen und den Minderjährigen selbst als Anspruchsinhaber zu betrachten.³³⁵ Ein derartiger Notfall liegt nach dieser Auffassung nicht erst dann vor, wenn eine Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 1666 Abs. 1 BGB vorliegt, sondern bereits dann, wenn Grundanforderungen einer kindgemäßen Entwicklung nicht vorhanden sind.³³⁶

In diesem Zusammenhang wird auch vertreten, dass sich aus § 1 Abs. 1 SGB VIII ein Rechtsanspruch der Minderjährigen ableiten lässt. Diese Position stellt im

³³⁰ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 1 Rz. 4.

³³¹ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 1 Rz. 17.

³³² a.A.: Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 8 Rz. 10: Leistungsadressat; Kunkel, ZfF 1995, 7.

³³³ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 17.

³³⁴ Münder in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 1 Rz. 7; Jeand'Heur 1993, 11, 19 ff.

³³⁵ Jeand'Heur 1993, 49 ff.

³³⁶ Jeand'Heur 1993, 35 f.

Wesentlichen auf den Wortlaut der Norm ab, der ausdrücklich von einem Recht des jungen Menschen auf Förderung seiner Entwicklung und Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit spricht.³³⁷ Zudem wird in diesem Zusammenhang damit argumentiert, dass sich die Funktion der Grundrechte von ihrer früheren Bedeutung als ausschließliche Abwehrrechte hin zu Teilhaberechten verändert habe. Unter Berücksichtigung der Sozialstaatspflichtigkeit folgere daraus, dass das Recht auf Erziehung und Förderung grundsätzlich als subjektiver Rechtsanspruch zu werten sei.³³⁸

Die Ableitung von Rechtsansprüchen aus § 1 SGB VIII wird jedoch überwiegend abgelehnt. Begründet wird diese Auffassung parallel zur Argumentation hinsichtlich der Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII damit, dass der öffentlichen Jugendhilfe aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 6 GG kein eigenständiger Erziehungsauftrag zukomme. Über diese verfassungsrechtlichen Erwägungen hinaus wird gegen die Ableitung von Rechtsansprüchen aus § 1 SGB VIII auch vorgebracht, dass es der Norm an der Benennung von anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen fehle, bei deren Vorliegen das genannte Recht geltend gemacht werden könne.³³⁹ Zudem benenne § 1 Abs. 1 SGB VIII keinen Leistungsverpflichteten.³⁴⁰ Es werde keine Aussage dazu getroffen, gegen wen konkret sich das Recht des jungen Menschen richte. Als weiteres Argument wird vorgetragen, der infrage kommende Anspruchsinhalt des § 1 Abs. 1 SGB VIII sei zu unbestimmt. Ein Recht auf Erziehung lasse sich nicht für den Einzelfall konkretisieren.³⁴¹ Auch könne die Inanspruchnahme einer erzieherischen Leistung nicht zur Disposition desjenigen stehen, der erzogen werden solle.³⁴²

3.1.2.2 Rechtsanspruch des Kindes als Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG?

Von entscheidender Bedeutung für die Frage der Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen nach § 27 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 SGB VIII ist zunächst, ob die elterlichen Grundrechte nach Art. 6 Abs. 2 GG einen Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf staatliche Unterstützung bei ihrer Erziehung ausschließen.

³³⁷ *Münder* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 1 Rz. 4.

³³⁸ *Fieseler* in *GK-SGB VIII* § 1 Rz. 11 ff.; *Denninger*, KJ 1969, 379 ff.; *Münder*, TuP 1977, 214 ff.; *ders.*, ZfJ 1991, 285.

³³⁹ *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 146.

³⁴⁰ *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 146.

³⁴¹ *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 1 Rz. 11.

³⁴² *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 1 Rz. 12.

Die Argumentation, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verbiete es, dem Minderjährigen eigenständige Rechte auf Unterstützung bei der Erziehung zuzuweisen, unterliegt zahlreichen Bedenken.

Gegen einen Ausschluss von eigenständigen Rechten von Kindern und Jugendlichen durch das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sprechen zunächst international verbrieft Menschenrechte der Minderjährigen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (UN-Kinderrechtskonvention – KRK), die inzwischen von nahezu allen Staaten³⁴³ weltweit ratifiziert worden ist. Von der Bundesrepublik Deutschland wurde das Abkommen im Jahr 1992 ratifiziert und die Konvention ist in Deutschland am 05. April 1992 in Kraft getreten.³⁴⁴ Die Ratifikation erfolgte zunächst mit einer Vorbehaltserklärung auf der Grundlage von § 51 KRK. Ein wesentlicher Vorbehalt bestand darin, dass das nationale Ausländerrecht Vorrang gegenüber der Konvention behielt. In der Erklärung hieß es zudem, dass die Konvention lediglich Staatenverpflichtungen begründe und keine unmittelbare innerstaatliche Anwendung finde. Die Vorbehalte führten dazu, dass die Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtspraxis zunächst kaum eine Rolle spielte.³⁴⁵ Die Vorbehaltserklärung ist am 15. Juli 2010 mit Wirkung zum 1. November 2010 zurückgenommen worden.³⁴⁶ Damit ist die UN-Kinderrechtskonvention seither ohne Einschränkungen in der Bundesrepublik Deutschland anzuwendendes Recht.³⁴⁷

Die Kinderrechtskonvention gilt für alle Kinder und Jugendlichen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (Art. 1 KRK). Sie enthält 54 Artikel, von denen 41 Artikel Schutz und Rechte des Kindes betreffen. Die Rechte lassen sich in die Kategorien Überlebensrechte, Entwicklungsrechte, Schutzrechte und Teilhaberechte unterteilen.³⁴⁸ Die wichtigsten Rechte finden sich in den Art. 2 (Diskriminierungsverbot; Schutzpflicht), Art. 3 (Garantie des Kindeswohls), Art. 6 (Recht auf Leben) und Art. 12 KRK (Mitspracherecht; rechtliches Gehör).³⁴⁹ Insgesamt sind rund 30 speziel-

³⁴³ Einzige Ausnahme sind die USA.

³⁴⁴ Ratifiziert durch Gesetz vom 17. Februar 1992 (BGBl. II, 121) und gemäß Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 (BGBl. II, 990) für die Bundesrepublik Deutschland am 05. April 1992 in Kraft getreten.

³⁴⁵ *Schmahl* KRK 2013 Einleitung Rz. 23; *Cremer* 2011, 15.

³⁴⁶ *Schmahl* KRK 2013 Einleitung Rz. 24; *Cremer* 2011, 15.

³⁴⁷ *Koritz*, FPR 2012, 212; zur unterschiedlichen Form der Umsetzung in verschiedenen europäischen Staaten *Dethloff/Maschwitz*, FPR 2012, 190, 191 f.

³⁴⁸ *von Boetticher* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 1.6 Rz. 49.

³⁴⁹ *Schmahl* KRK 2013 Art. 3 Rz. 1; *Maywald*, *IzKK-Nachrichten* 2009, 4, 5; *Koritz*, FPR 2012, 212.

le Kinderrechte in der KRK verbürgt.³⁵⁰ Aus den Rechten lassen sich zwar keine konkreten Leistungsansprüche herleiten.³⁵¹ Während die bisherigen Kinderschutzabkommen – zuletzt die Erklärung über die Rechte des Kindes vom 20. November 1959³⁵² – Kinder nur unter dem Aspekt ihrer Schutz- und Hilfebedürftigkeit betrachtet hatten,³⁵³ gesteht die UN-Kinderrechtskonvention Kindern jedoch neben Schutz- und Fürsorgeansprüchen auch Freiheits- und Beteiligungsrechte zu.³⁵⁴ Insofern hat mit dem Abkommen ein Perspektivenwechsel stattgefunden: Das Kind wird nicht mehr ausschließlich als schutzbedürftiges Rechtsobjekt betrachtet, sondern auch als eigenständiges Rechtssubjekt.³⁵⁵ Die UN-Kinderrechtskonvention geht von der Stellung des Kindes als (Rechts-)Subjekt und Träger eigener unveräußerlicher Grundrechte aus. Die Rechte des Kindes sind unmittelbarer Ausdruck der jedem Kind innewohnenden Menschenwürde.³⁵⁶ Dabei enthält das Abkommen auch Rechte, die bislang in keinem anderen Menschenrechtsvertrag verankert waren und daher als innovativ zu werten sind.³⁵⁷ Die Anerkennung eigenständiger Rechte des Kindes bringt mit sich, dass Eltern und Kind nicht länger als rechtliche Einheit betrachtet werden können. Die Positionen von Kind, Eltern und Staat sind neu zu definieren, wobei die wachsende Autonomie des Kindes zu berücksichtigen ist.³⁵⁸

Im Europarecht haben die Rechte des Kindes aus der UN-Kinderrechtskonvention Eingang in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EuGrC) gefunden. Die Charta wurde in den Jahren 1999 und 2000 in ihren wesentlichen Inhalten durch den (Grundrechte-)Konvent erarbeitet.³⁵⁹ Im Rahmen des Reformvertrags von Lissabon erfolgte die Entscheidung, die Grundrechtecharta mit Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union – EUV – für verbindlich zu erklären. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 01. Dezember 2009 wurde die Charta verbindlich.³⁶⁰ In ihr finden sich mehrere Rechte für Minderjährige. Hierzu zählen das Recht auf Bildung (Art. 14 EuGrC) und das Verbot der Kinderarbeit und der Schutz von Jugendlichen am Arbeitsplatz (Art. 32 EuGrC). Von besonderer Bedeutung sind die Rechte des Kindes in Art. 24 EuGrC. Sie umfassen den Anspruch auf Schutz und Fürsorge, das

³⁵⁰ *Schmahl* KRK 2013 Einleitung Rz. 19.

³⁵¹ *Eichholz*, *IzKK-Nachrichten* 2009, 12, 13.

³⁵² Resolution 1386 (XIV) der Generalversammlung der Vereinten Nationen.

³⁵³ *Schmahl* KRK 2013 Einleitung Rz. 9.

³⁵⁴ *Steindorff-Classen*, *EuR* 2011, 19, 20 f.

³⁵⁵ *Schmahl* KRK 2013 Einleitung Rz. 36.

³⁵⁶ *Maywald*, *IzKK-Nachrichten* 2009, 4, 5; *Koritz*, *FPR* 2012, 212.

³⁵⁷ *Schmahl* KRK 2013 Einleitung Rz. 19.

³⁵⁸ *Dethloff/Maschwitz*, *FPR* 2012, 190, 191.

³⁵⁹ *Jarras* *EuGrC* 2013 Einleitung Rz. 2.

³⁶⁰ *Jarras* *EuGrC* 2013 Einleitung Rz. 4.

Recht auf Anhörung und Berücksichtigung der Meinung des Kindes entsprechend seinem Alter und Reifegrad, das Prinzip des Kindeswohls als Maßstab für Entscheidungen, die ein Kind betreffen, und den Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen.³⁶¹ Das Grundrecht aus Art. 24 EuGrC stützt sich laut den Erläuterungen primär auf die Kinderrechtskonvention.³⁶² Hier finden in Art. 24 Abs. 1 Satz 3 EuGrC die partizipatorischen Rechte des Kindes aus Art. 12 KRK ihren Niederschlag, die in besonderer Weise die Stellung des Kindes als Träger von Rechten verdeutlichen.³⁶³ Die Grundrechte gelten für die Mitgliedstaaten ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar,³⁶⁴ jedoch nach Art. 51 EuGrC nur bei der Durchführung des Rechts der Union.

Die deutliche Verbesserung der Rechtsstellung von Kindern und Jugendlichen durch die UN-Kinderrechtskonvention und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union spricht gegen einen Ausschluss von Rechten Minderjähriger auf Förderung ihrer Erziehung. Sie ist vielmehr ein Argument *für* einen eigenständigen Rechtsanspruch des Kindes oder des Jugendlichen gegen den Staat.

Auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten erscheint die Argumentation, Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verbiete, Kindern eigenständige Rechte auf Förderung ihrer Erziehung gegen den Staat einzuräumen, nicht schlüssig.

Zunächst ergeben sich Bedenken daraus, dass der von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Personenkreis und der Kreis der Anspruchsinhaber der Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII nicht identisch sind. Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 2 GG bezieht sich ausschließlich auf die Eltern. Ihnen werden Befugnisse und Pflichten zur Erziehung eingeräumt. Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der *Eltern* und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Mit dieser Formulierung wird die besondere, verfassungsrechtlich geschützte Stellung der Eltern begründet, nicht jedoch die eines jeden Personensorgeberechtigten. Grundrechtsträger nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

³⁶¹ Dethloff/Maschwitz, FPR 2012, 190, 192.

³⁶² Schadendorf, EuR 2015, 28, 43.

³⁶³ Schmahl KRK 2013 Einleitung Rz. 19, die von einem „*normativen* „Siegeszug“ spricht.

³⁶⁴ Jarras EuGrC 2013 Einleitung Rz. 13.

sind die abstammungsrechtlichen Eltern³⁶⁵ und die Adoptiveltern³⁶⁶, teilweise wird der Grundrechtsschutz auch auf Pflegeeltern erstreckt.³⁶⁷ Auch Elternteile, die nicht Inhaber der elterlichen Sorge sind, können Grundrechtsträger nach Art 6 Abs. 2 Satz 1 GG sein.³⁶⁸ Dies gilt etwa für den Fall einer gerichtlichen Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil bei Getrenntleben der Eltern und betrifft z.B. den nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vater für den Fall, dass keine Sorgeerklärung abgegeben wurde.³⁶⁹ Auch Eltern, denen die Personensorge oder gar die gesamte elterliche Sorge entzogen worden ist, können weiterhin Grundrechtsträger nach Art. 6 Abs. 2 GG sein, wenn auch ihre Rechtsposition eingeschränkt ist. Dagegen sind Vormünder und Pfleger keine Grundrechtsträger.³⁷⁰ Entscheidend ist also die besondere persönliche Nähe der Eltern zu ihrem Kind³⁷¹ und nicht die formelle Inhaberschaft der Personensorge. Somit ergibt sich ein Zwang zur pauschalen Zuweisung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung an den Personensorgeberechtigten aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht.³⁷² Sofern sich aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt eine zwingende Vorgabe hinsichtlich der Zuordnung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ergäbe, könnte sich diese allenfalls auf eine Anspruchsinhaberschaft der Eltern des Minderjährigen, nicht aber sämtlicher Personensorgeberechtigter beziehen. Dies gilt umso mehr, als in der weit überwiegenden Mehrzahl von Fällen, in denen andere Personen als die Eltern des Minderjährigen

³⁶⁵ In eingeschränktem Maße auch der leibliche, nicht rechtliche Vater, so etwa BVerfG, Beschluss vom 9. April 2003 – 1 BvR 1493/96, NJW 2003, 2151, 2152; Beschluss vom 13. Oktober 2008 – 1 BvR 1548/03, NJW 2009, 423; Beschluss vom 04. Dezember 2013 – 1 BvR 1154/10, BeckRS 2013, 59932; zum Schutz durch Art. 8 EMRK vgl. EGMR (V. Sektion), Urteil vom 22. März 2012 – 23338/09 (Kautzor/Deutschland), NJW 2013, 1937 ff.

³⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233, 2235.

³⁶⁷ BSG, Urteil vom 28. Februar 1991 – 4 RA 76/90, BSGE 68, 171, 176; offengelassen durch BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 1993 – 1 BvR 338/90, NJW 1994, 183; ablehnend: BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 1988 – 1 BvR 818/88, BVerfGE 79, 51, 60.

³⁶⁸ So etwa BVerwG, Urteil vom 24. April 1987 – 7 C 120/86, FamRZ 87, 808; BVerfG, Urteil vom 24. März 1981 – 1 BvR 1516/78 u.a., BVerfGE 56, 363, 383 f.; Beschluss vom 30. November 1988 – 1 BvR 37/85, BVerfGE 79, 203, 210; Beschluss vom 07. Mai 1991 – 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168, 179; Urteil vom 29. Januar 2003 – 1 BvL 20/99, FPR 2003, 205 ff.; Urteil vom 1. April 2008 – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287, 1289.

³⁶⁹ So zur Verfassungswidrigkeit von § 1626a Abs. 1 a.F. und 1672 Abs. 1 BGB, wonach gegen den Willen der Mutter eine Übertragung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder auch oder allein auf den Vater unterhalb der Schwelle des Sorgerechtsentzugs gem. § 1666 BGB nicht möglich war: BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09, NJW 2010, 3008.

³⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 1960 – 1 BvR 526/53, 1 BvR 29/58, BVerfGE 10, 302, 328; *Badura* in Maunz/Dürig GG Art. 6 Rz. 99; *Uhle* in BeckOK GG Art. 6 Rz. 59; anders ohne differenzierende Begründung jeweils für einen Fall, in dem die Großeltern zum Vormund bestellt waren: BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 1972 – 1 BvR 230/70, 1 BvR 95/71, BVerfGE 34, 165, 200; Beschluss vom 25. November 2003 – 1 BvR 1248/03, FPR 2004, 472.

³⁷¹ Weitergehend sogar *Badura* in Maunz/Dürig GG Art. 6 Rz. 100: der abstammungsrechtliche Status allein gibt dem Vater eines nichtehelichen Kindes nicht das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG; hinzukommen muss eine sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft.

³⁷² *Mroczynski*, ZfJ 1999, 403, 407.

Inhaber der Personensorge sind, keine Einzelvormundschaft bzw. -pflegschaft gegeben ist. Zumeist wird das Jugendamt gemäß §§ 1791c, 1751 Abs. 1 Satz 2, 1909, 1912, 1915, 1791b BGB i.V.m. § 55 SGB VIII Amtsvormund bzw. Amtspfleger. Gerade hier lässt sich mangels eines wie auch immer gearteten besonderen Näheverhältnisses zum Minderjährigen³⁷³ kein eigenes hochrangiges verfassungsrechtlich geschütztes Erziehungsrecht des Personensorgeberechtigten erkennen, das die Einräumung eines eigenständigen Anspruchs des Minderjährigen auf Hilfe zur Erziehung verbieten würde.³⁷⁴

Zweifelhaft erscheint aber darüber hinaus auch, ob Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt dazu zwingt, wenn schon nicht die Personensorgeberechtigten insgesamt, so doch jedenfalls ausschließlich die Eltern selbst zu Inhabern aller Ansprüche zu machen, die auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder zielen. Hier stellt sich ebenfalls die Frage, ob nicht auch die Zubilligung von Rechten auf Pflege und Erziehung für Minderjährige verfassungsrechtlich zulässig wäre. Gegen eine zwingende Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für eine Zuweisung von Rechtsansprüchen auf Unterstützung bei der Erziehung an die Eltern unter Ausschluss entsprechender Rechtsansprüche für den Minderjährigen selbst spricht, dass sich das Recht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich – sei es als Abwehr- oder als Teilhaberecht – gegen den Staat richtet. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG regelt das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Staat. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer einzelnen Entscheidung aus der Regelung unmittelbare Rechtsfolgen für das Rechtsverhältnis zwischen dem Kind und seinen Eltern abgeleitet. Das Gericht führt aus, die den Eltern durch Art 6 Abs. 2 Satz 1 GG auferlegte Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes bestehe nicht allein dem Staat, sondern auch ihrem Kind gegenüber. Mit dieser elterlichen Pflicht korrespondiere das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art 6 Abs. 2 Satz 1 GG.³⁷⁵ Die Ableitung eines Kindesgrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG wird teilweise befürwortet.³⁷⁶ Kritisch wird demgegenüber insbesondere eingewandt, ein Grundrecht des Kindes gegen seine Eltern stehe im Widerspruch zu dem allgemein akzeptierten Grundrechtsbegriff, nach dem Grundrechte als ausschließlich staatsgerichtete Verbürgungen Privater im Verfassungsrang

³⁷³ Zum weitgehend geringen Kontakt der Mündel zu den für die Ausübung der Amtspflegschaft bzw. -vormundschaft zuständigen Fachkräften des Jugendamts vgl. *Münder* u.a. 2000, 297 f.

³⁷⁴ *Mrozynski*, ZfJ 1999, 403, 407.

³⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 01. April 2008 – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287.

³⁷⁶ *Münder* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 1 Rz. 17; *Münder/Ernst/Behlert* 2013, 35; *Altrogge*, ZKJ 2008, 310 ff.; *dies.*, FPR 2009, 34 ff.; *Adelmann*, JAmt 2008, 289; *Peschel-Gutzeit*, NJW 2008, 1922, 1923 f.

zu begreifen seien.³⁷⁷ Eine privatrechtsgestaltende Wirkung im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung dahingehend, dass unmittelbar aus Art. 6 GG Rechte und Pflichten etwa der Ehegatten gegeneinander oder der Kinder gegen ihre Eltern entnommen werden könnten, komme nicht in Betracht.³⁷⁸

Unabhängig von der Frage, ob sich unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG Rechte des Kindes gegenüber seinen Eltern ergeben, enthält die Vorschrift jedenfalls keine Aussagen über die *Verteilung* von Rechten zwischen Eltern und Kindern. Damit enthält sie auch keine Regelung der Frage, wessen Rechtspositionen im Falle einer erzieherischen Mangellage als höherwertiger zu betrachten sind und wem Rechtsansprüche auf Verbesserung der erzieherischen Situation einzuräumen sind. Der Schutz vor staatlichen Eingriffen in eine Rechtsposition verbietet nicht automatisch, dritten Personen ebenfalls Rechte einzuräumen. Allein die Zuweisung von Rechten gegen die öffentliche Jugendhilfe an Minderjährige schafft kein staatliches Erziehungsrecht.³⁷⁹

Es kommt hinzu, dass nicht nur aufseiten der Eltern mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern auch aufseiten der Minderjährigen Grundrechte zum Tragen kommen. Die Verankerung spezifischer Kinderrechte im Grundgesetz wird seit mehreren Jahrzehnten diskutiert,³⁸⁰ ist allerdings bislang unterblieben. Kindern und Jugendlichen kommen jedoch als Grundrechtsträger eigene Menschenwürde und ein eigenes Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit i.S. der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zu.³⁸¹ Sie haben im Rahmen der in dieser Verfassungsbestimmung genannten Eingrenzungen aus Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht auf eine möglichst ungehinderte Ent-

³⁷⁷ Jestaedt in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 28 ff.; ders., JAmt/ZKJ Sonderheft 2010, 32, 34 ff.

³⁷⁸ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 1 Rz. 8; Badura in Maunz/Dürig GG Art. 6 Rz. 14: „Der Richter kann das verfassungsrechtlich mangelhafte Gesetz als verfassungswidrig erkennen und das Bundesverfassungsgericht kann seine Unwirksamkeit oder Ergänzungsbedürftigkeit feststellen, der Richter kann jedoch den Mangel nicht durch die Ableitung von Rechtsfolgen aus der Verfassung im Einzelfall beheben.“

³⁷⁹ Mündler u.a. FK-SGB VIII 1998 § 1 Rz. 15.

³⁸⁰ Vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, 59 f.; dazu etwa Berghahn, KJ 1993, 397, 398 und Peschel-Gutzeit, RdJB 1994, 491 ff.; Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/116 zur Sitzung vom 21. September 2007, 12060 ff.; Künast, FPR 2008, 478 ff.; Sedlmayr, IZKK-Nachrichten 2009, 10 f.

³⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233, 2235; zur Frage der Grundrechtsmündigkeit, also der Möglichkeit von Minderjährigen, ihre Grundrechte selbstständig auszuüben BVerwG, Urteil vom 04. Juli 1986 – 8 C 84/85, NVwZ 1986, 1021, 1022: differenzierend nach dem Grad der Reife; ebenso Peschel-Gutzeit, FPR 2008, 471, 472 f.; generell bejahend OVG SL, Beschluss vom 21. März 2003 – 3 W 7/03, juris Rz. 11; ablehnend für ein junges Kind OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 17. November 1997 – 20 W 269/97, FamRZ 1998, 577.

faltung ihrer eigenen Persönlichkeit.³⁸² Dieses Grundrecht kann daher als verfassungsimmanente Schranke das elterliche Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beschränken. Als Grundrechtsträger hat das Kind nicht nur Anspruch auf den Schutz des Staates, sondern auch auf die Gewährleistung seiner grundrechtlich verbürgten Rechte.³⁸³ Zudem tritt mit zunehmendem Alter des Kindes das Elternrecht in dem Maße zurück, in dem das Kind aufgrund seiner Selbstbestimmungs- und Eigenverantwortungsfähigkeit der „Grundrechtsfürsorge“ durch die Eltern nicht mehr bedarf.³⁸⁴ Es erscheint somit im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht zwingend erforderlich, Minderjährige von Rechtsansprüchen auf Verbesserung ihrer erzieherischen Situation auszuschließen.³⁸⁵

Dagegen, dass Minderjährigen aus verfassungsrechtlichen Gründen kein eigener Anspruch gegen den Staat auf Unterstützung der Erziehung eingeräumt werden darf, sprechen auch verschiedene Regelungen des SGB VIII selbst, die Minderjährigen Rechtsansprüche zuweisen.³⁸⁶ So haben Kinder und Jugendliche nach § 8 Abs. 2 SGB VIII das Recht, sich in allen Angelegenheiten der Erziehung und Entwicklung an das Jugendamt zu wenden. § 8 Abs. 3 SGB VIII gewährt ihnen einen Anspruch darauf, in einer Not- und Konfliktlage erforderlichenfalls ohne Kenntnis der Personensorgeberechtigten beraten zu werden. Nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII ist das Jugendamt berechtigt und verpflichtet, ein Kind oder einen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn das Kind oder der Jugendliche um Obhut bittet. Hieraus resultiert ein Rechtsanspruch des Minderjährigen auf Inobhutnahme.³⁸⁷ § 18 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII normiert einen Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf Beratung und Unterstützung bei der Ausübung ihres Rechts auf Umgang mit den Eltern nach § 1684 Abs. 1 BGB. Daneben ergeben sich Rechtsansprüche von Minderjährigen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere aus den §§ 24 und 35a SGB VIII.

³⁸² BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 1980 – 1 BvR 684/78, BVerfGE 53, 185, 203; Urteil vom 09. Februar 1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360, 382.

³⁸³ BVerfG, Urteil vom 01. April 2008 – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287, 1288.

³⁸⁴ Jestaedt in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 15, 29 ff.

³⁸⁵ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 4; Jestaedt in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 15, 31.

³⁸⁶ Mit dieser Begründung Münder, JAmt/ZKJ Sonderheft 2010, 31: „Insofern ist die Rechtsinhaberschaft der Personensorgeberechtigten in § 27 SGB VIII zu einem ‚Fossil‘ geworden.“

³⁸⁷ Münder/Trenczek 2015, 218; Maywald, IZKK-Nachrichten 2009, 4, 6.

Nach § 24 Abs. 2 SGB VIII hat ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. In § 24 Abs. 3 SGB VIII wird jedem Kind ab Vollendung des dritten Lebensjahrs bis zum Schuleintritt ein Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung eingeräumt. Hier sind also die Minderjährigen Anspruchsinhaber. Ebenso wie bei der Hilfe zur Erziehung handelt es sich bei der Gewährung eines Platzes in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege um eine Sozialleistung im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB I – hier Nr. 3. Bereits durch die Zuordnung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege zur Kinder- und Jugendhilfe als Teil der öffentlichen Fürsorge statt zur Bildungsverantwortung der Länder³⁸⁸ wird der Charakter dieses Leistungsbereichs als grundlegende Förderung der individuellen Persönlichkeitsentwicklung betont.³⁸⁹ Gemäß der anspruchsausfüllenden Norm des § 22 Abs. 3 SGB VIII umfasst die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege die Erziehung, Bildung und Betreuung, des Kindes. Mit dem Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder (Tagesbetreuungsausbaugesetz – TAG)³⁹⁰ vom 27.12.2004 wurde die Reihenfolge der Trias, die bereits in § 22 Abs. 1 Satz 1 a.F. aufgeführt war, zugunsten des Erziehungs- und zulasten des Betreuungsauftrags umgestellt. Hiermit wurde deutlich gemacht, dass der Erziehungsauftrag im Vordergrund steht.³⁹¹ Der Förderungsauftrag bezieht sich nach § 22 Abs. 3 SGB VIII auf die soziale, emotionale, körperliche und geistige Entwicklung des Kindes und schließt die Vermittlung orientierender Werte und Regeln ein. Nach § 22 Abs. 2 SGB VIII soll die Kindertagesförderung die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern, die Erziehung und Bildung in der Familie unterstützen und ergänzen und den Eltern dabei helfen, Erwerbstätigkeit und Kindererziehung besser miteinander vereinbaren zu können. Mit Ausnahme des letztgenannten Aspekts, der auf eine bessere Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familienaufgaben gerichtet ist und damit unmittelbar zunächst die Begünstigung der Eltern im Blick hat, sind die Aufgaben der Kindertagesförderung somit schwerpunktmäßig auf die Förderung der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes gerichtet. In diesem Sinne argumentiert etwa auch das OLG Dresden, das für die Frage des Anspruchs auf einen Krippenplatz auf der

³⁸⁸ Bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 10. März 1998 – 1 BvR 178/97, BVerfGE 97, 332, 342 f.

³⁸⁹ *Kaiser* in LPK-SGB VIII 2016 § 22 Rz. 2.

³⁹⁰ BGBl. I, 3852; dazu *Tammen*, UJ 2005, 474 ff.

³⁹¹ *Lakies* in *Münder u.a.* FK-SGB VIII 2013 § 22 Rz. 14.

Grundlage von § 24 Abs. 2 SGB VIII den Einbezug der Eltern als geschützte Dritte ablehnt und sie *„ausschließlich im Reflex der frühkindlichen Förderung des Kindes“* als einbezogen betrachtet.³⁹²

Hier ist das Kind also selbst Anspruchsinhaber im Hinblick auf eine staatliche Erziehungsleistung. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung steht nicht infrage. § 22 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII nimmt Bezug auf das elterliche Erziehungsrecht, indem der Jugendhilfe der Auftrag zur Unterstützung und Ergänzung – nicht der Ersetzung – der Erziehung und Bildung in der Familie gegeben wird. In diesem Auftrag liegt auch ein Hinweis darauf, dass die Eltern bei der Erfüllung ihrer Erziehungsverantwortung in der heutigen Gesellschaft regelmäßig der Unterstützung durch den Staat bedürfen. Um den Auftrag der Unterstützung und Ergänzung erfüllen zu können, ist eine kooperative Zusammenarbeit mit den Eltern erforderlich.³⁹³ Dieses Erfordernis fiele auch bei der Hilfe zur Erziehung nicht weg, wenn der Rechtsanspruch dem Kind zugeordnet wäre, da es in aller Regel im Interesse des Kindes sinnvoll ist, die Eltern zu unterstützen und unmittelbar in den Hilfeprozess einzubeziehen.³⁹⁴

Der Aspekt einer verstärkten Verantwortung des Staates im Zusammenhang mit dem Aufwachsen von Kindern und Jugendlichen wird auch im 14. Jugendbericht betont. Hier heißt es: *„Das Aufwachsen von Kindern und Jugendlichen kann unter veränderten gesellschaftlichen Bedingungen und gestiegenen Anforderungen immer weniger als ein sich selbst regulierender, ‚naturwüchsiger‘ Prozess verstanden werden, der gewissermaßen im Alltag von allein passiert, sondern es bedarf der Bereitstellung einer Vielzahl von förderlichen und anregenden Voraussetzungen, um positive Lebensbedingungen für Kinder, Jugendliche und ihre Eltern zu schaffen und das Aufwachsen von jungen Menschen unter heutigen gesellschaftlichen Bedingungen zu unterstützen und zu fördern.“*³⁹⁵ Der Bericht belegt, *„dass in den letzten Jahrzehnten eine deutliche Ausdehnung der öffentlichen Verantwortung und eine neue Verschränkung von öffentlicher und privater Verantwortung für das Aufwachsen zu beobachten war.“*³⁹⁶

³⁹² OLG Dresden, Urteil vom 26. August 2015 – 1 U 319/15, 1 U 0319/15, JAmt 2015, 509, 512; aufgehoben jedoch durch BGH, Urteil vom 20. Oktober 2016 – III ZR 303/15, 302/15 und 278/15, noch nicht veröffentlicht.

³⁹³ Kaiser in LPK-SGB VIII 2016 § 22 Rz. 9.

³⁹⁴ AFET u.a. 2016, 3.

³⁹⁵ BMFSFJ, 14. Kinder- und Jugendbericht, 2013, 518.

³⁹⁶ BMFSFJ, 14. Kinder- und Jugendbericht, 2013, 519.

Auch § 35a SGB VIII weist Minderjährigen einen eigenen Rechtsanspruch zu, indem er Kindern und Jugendlichen mit einer bestehenden oder drohenden seelischen Behinderung einen Anspruch auf Eingliederungshilfe gewährt. Obwohl in der Regelung nicht ausdrücklich von Erziehungsleistungen die Rede ist, steht sie doch in sehr engem Zusammenhang zur Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII. Dies lässt sich schon daran erkennen, dass das Gesetz bei Inkrafttreten des SGB VIII zunächst davon ausging, dass die Eingliederungshilfe im Zusammenhang mit Hilfe zur Erziehung zu erbringen sei. Die Leistung war in § 27 Abs. 4 SGB VIII geregelt. Dieser besagte: *„Hilfe zur Erziehung umfasst auch die Maßnahmen der Eingliederungshilfe nach § 40 des Bundessozialhilfegesetzes und der Verordnung nach § 47 des Bundessozialhilfegesetzes.“*³⁹⁷ Mit dem 1. SGB VIII-Änderungsgesetz – 1. ÄndG³⁹⁸ – vom 16.2.1993 erfolgte die Auskoppelung der Eingliederungsleistungen aus den Hilfen zur Erziehung und ihre Regelung als eigenständiger Leistungstatbestand in einem eigenen Unterabschnitt in § 35a SGB VIII. In diesem Zusammenhang wurde der Rechtsanspruch ausdrücklich den Kindern und Jugendlichen zugewiesen, während er zuvor, da es sich um einen Leistungsbereich der Hilfe zur Erziehung handelte, den Personensorgeberechtigten zugeordnet war.

Eine große inhaltliche Nähe der beiden Rechtsansprüche ergibt sich zunächst daraus, dass sich beide Bedarfstatbestände inhaltlich bedingen können. So kann einerseits eine erzieherische Mangellage Auslöser einer seelischen Behinderung sein und andererseits stellt eine seelische Behinderung unabhängig von ihren Auslösern erhöhte Anforderungen an die Erziehungsleistung, die einen Bedarf an Hilfe zur Erziehung auslösen können.³⁹⁹ Die Gewährung pädagogischer Leistungen ist ggf. auch Bestandteil der Eingliederungshilfe.⁴⁰⁰ Insofern sind bei der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII erzieherische Aspekte stets „mitzudenken“.⁴⁰¹ So sind etwa Angebote der Legasthenie- bzw. Dyskalkulietherapie nur dann geeignet, wenn sie die Eltern beratend mit einbeziehen, damit diese in Bezug auf die schulischen Schwierigkeiten des Kindes angemessen und unterstützend wirken können.⁴⁰² Die Systematik des Gesetzes geht davon aus, dass die bei den Leistungen der Hilfe zur Erziehung und der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII zu deckenden Bedarfe

³⁹⁷ BGBl. I 1990, 1170.

³⁹⁸ Erstes Gesetz zur Änderung des Achten Sozialgesetzbuches vom 16. Februar 1993, BGBl. I, 239 ff.

³⁹⁹ *Keper/Vondung* in LPK-SGB VIII 2016 § 35a Rz. 69.

⁴⁰⁰ *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 35a Rz. 34.

⁴⁰¹ *Meysen* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 35a Rz. 78.

⁴⁰² BVerwG, Beschluss vom 12. Juli 2005 – 5 B 56.05, JAmt 2005, 524 f.; OVG NI, Beschluss vom 18. Oktober 2006 – 4 LA 42/05, FEVS 58, 366 ff.; *Meysen* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 35a Rz. 78.

nicht identisch sind, sich jedoch auch nicht gegenseitig ausschließen, sondern sich (weitgehend) überschneiden.⁴⁰³

Die inhaltliche Nähe beider Leistungen wird dadurch verstärkt, dass bei vielen Minderjährigen Problemlagen bestehen, bei denen es unklar bzw. schwer feststellbar ist, ob der Tatbestand des § 27 Abs. 1 oder der des § 35a Abs. 1 SGB VIII erfüllt ist, oder bei denen die Voraussetzungen beider Ansprüche gegeben sind.⁴⁰⁴ Die seelische Behinderung ist allgemein dadurch gekennzeichnet, dass sie weder sichtbar noch objektivierbarerweise messbar ist.⁴⁰⁵ Anspruchsvoraussetzung nach § 35a Abs. 1 SGB VIII ist, dass die seelische Gesundheit des Kindes oder des Jugendlichen mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für sein Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher seine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist oder eine solche Beeinträchtigung zu erwarten ist. Bereits die Feststellung eines für das jeweilige Lebensjahr typischen Zustandes erweist sich bei Minderjährigen aufgrund uneinheitlicher Entwicklungen als schwierig. Bei der Einschätzung ist zu berücksichtigen, dass Kinder und Jugendliche sich in einem Entwicklungs- und Reifungsprozess befinden.⁴⁰⁶ Aufgrund der einzelnen Entwicklungsphasen und der individuell unterschiedlichen Entwicklungsdynamik ist eine gewisse Spannbreite hinsichtlich des Entwicklungsstandes zu berücksichtigen.⁴⁰⁷ Die Schwierigkeiten, die im Leistungsbereich, in der Bewältigung von Alltagsaufgaben und in den sozialen und kommunikativen Beziehungen des Kindes oder des Jugendlichen vorliegen, unterliegen der subjektiven Interpretation und Bewertung der Person, der die Definitionsmacht hierüber zukommt.⁴⁰⁸ Seelische Behinderung ist zudem nicht als statischer, festschreibender Zustand zu begreifen, sondern als Prozess. Es handelt sich um einen Vorgang, dessentwegen wesentliche Bedürfnisse nicht befriedigt werden können.⁴⁰⁹ Die Bestimmung einer seelischen Behinderung bei jungen Menschen erweist sich somit als schwierig, zumal sie den entwicklungsbedingten raschen Persönlichkeitsveränderungen bei Kindern und Jugendlichen nicht hinreichend Rechnung trägt. Gerade bei jüngeren Kindern ist es oft schwierig festzustellen, ob bei ihnen ein erzieherischer Bedarf nach § 27 SGB VIII oder eine (drohende)

⁴⁰³ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 34; Nds. Landesamt für Soziales, Jugend und Familie 2012, 12.

⁴⁰⁴ Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 35a Rz. 32.

⁴⁰⁵ Erdélyi 2000, 4, 7: seelische Behinderung als „sozialrechtlicher Konstrukt“; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.6 Rz. 7.

⁴⁰⁶ Erdélyi 2000, 3.

⁴⁰⁷ Stähr in Hauck/Noftz § 35a Rz. 16; Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 9; Fegert, ZfJ 2000, 441; Wiesner, ZfJ 2001, 284 ff.

⁴⁰⁸ Erdélyi 2000, 3.

⁴⁰⁹ Erdélyi 2000, 3.

seelische Behinderung vorliegt. In den meisten Fällen einer seelischen Behinderung sind außerdem daneben auch die Voraussetzungen des § 27 SGB VIII erfüllt.⁴¹⁰

Da der Anspruch auf Eingliederungshilfe bei seelischer Behinderung inzwischen ebenso wie die Hilfe zur Erziehung im SGB VIII verankert ist,⁴¹¹ wird teilweise vertreten, es bestehe nicht (mehr) in jedem Fall die zwingende Notwendigkeit, eine Situation als Erziehungsdefizit auf der einen oder (drohende) seelische Behinderung auf der anderen Seite einzuordnen.⁴¹² Wenn inhaltlich geklärt sei, welcher konkrete Bedarf bestehe und dafür sowohl § 27 als auch § 35a SGB VIII infrage komme, könne die Leistung auch als Hilfe zur Erziehung erbracht werden, um den Begriff der Behinderung mit seinen oft ausgrenzenden Wirkungen zu vermeiden.⁴¹³ Eine derartige „Wahlfeststellung“ wird durch die Rechtsprechung abgelehnt. Das Bundesverwaltungsgericht argumentiert in diesem Zusammenhang damit, *„dass der Gesetzgeber mit der Schaffung eines neuen Leistungstatbestandes der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche in § 35a SGB VIII gerade dem Umstand hat Rechnung tragen wollen, dass einer seelischen Behinderung nicht in jedem Fall ein erzieherisches Defizit zugrunde liege“*.⁴¹⁴ Für eine Differenzierung zwischen beiden Leistungen spricht, dass hinsichtlich der Rechtsfolgen der Hilfe zur Erziehung und der Eingliederungshilfe zwar partielle Überschneidungen bestehen, insgesamt jedoch die Unterschiede überwiegen, da sich die Art der Leistungen der Eingliederungshilfe gemäß § 35a Abs. 3 SGB VIII nach §§ 53 ff. SGB XII richtet. Es ist somit erforderlich, im jeweiligen Einzelfall zu klären, ob der Hilfebedarf aus einer erzieherischen Mangellage oder einer seelischen Störung resultiert.⁴¹⁵

Letztlich bleibt trotz der erforderlichen Klärung dieser Frage – soweit sie in Anbetracht der genannten Schwierigkeiten bei der Feststellung einer seelischen Behinde-

⁴¹⁰ Münder/Trenczek 2015, 182.

⁴¹¹ Vor Inkrafttreten des SGB VIII war der Anspruch im BSHG verankert, es handelte sich also um eine Sozialhilfeleistung anstelle einer Jugendhilfeleistung.

⁴¹² Die Arbeitsgemeinschaft für Erziehungshilfe (AFET) kommt in ihren Empfehlungen zum Umgang mit § 35a SGB VIII zu dem Schluss, dass eine Unterscheidung zwischen Hilfe zur Erziehung und Eingliederungshilfe in der Praxis grundsätzlich nicht möglich ist, vgl. AFET-Rundbrief 2/1994, 2.

⁴¹³ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 35a Rz. 53; Münder/Trenczek 2015, 183; Harnach-Beck, Sozialmagazin 12/1996, 20, 27; in der Praxis wurde insbesondere in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des SGB VIII aus diesem Grund oft ein restriktiver Umgang mit § 35a SGB VIII empfohlen oder sogar gänzlich von der Anwendung der Norm abgeraten, vgl. z.B. MBS BB, Forum Erziehungshilfen 1995, 92 f.; zur Praxis des § 35a vgl. auch Kreichelt, ZfJ 2001, 143 ff., 179 ff.

⁴¹⁴ BVerwG, Beschluss vom 12. Juli 2005 – 5 B 56/05, JAmt 2005, 524, 225; so auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Frauen und Jugend zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 12/2866, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch –, BT-Drucks. 12/3711, 42 zu § 35a.

⁴¹⁵ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 35; Kador in Jung SGB VIII 2008 § 35a Rz. 22; Nds. Landesamt für Soziales, Jugend und Familie 2012, 12.

rung möglich ist – festzuhalten, dass zwischen beiden Hilfearten breite Überschneidungsbereiche bestehen.⁴¹⁶ Die Formulierung der Rechtsfolgen in § 27 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII, „Hilfe zur Erziehung wird insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 gewährt“, lässt erkennen, dass die aufgeführten Hilfeformen gerade nicht abschließend sind.⁴¹⁷ Dies ermöglicht es, auch schwerpunktmäßig therapeutische Leistungen, die in erster Linie als Leistungen der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII infrage kommen, im Rahmen von Hilfe zur Erziehung zu erbringen.⁴¹⁸ Andersherum können Leistungen der Eingliederungshilfe auch von Einrichtungen und Diensten erbracht werden, deren Arbeit typischerweise der Hilfe zur Erziehung zugeordnet ist, etwa Erziehungsberatungsstellen.⁴¹⁹ Auch dies lässt einen starken inhaltlichen Zusammenhang zwischen beiden Leistungen erkennen.

Die Gesetzesmaterialien zum 1. SGB VIII-Änderungsgesetz – 1. ÄndG enthalten keine Aussage zu den Gründen für die Zuweisung des Rechtsanspruchs nach § 35a SGB VIII an die Kinder und Jugendlichen.⁴²⁰ In der Literatur werden im Wesentlichen zwei Gründe angeführt: So wird die Hauptursache teilweise in der Befürchtung von Eltern psychisch kranker Kinder gesehen, als „Schuldige“ für die Problematik ihrer Kinder angesehen zu werden. Der auf einem Erziehungsdefizit beruhende Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung sei von vielen Eltern psychisch kranker Kinder als diskriminierend betrachtet worden, da sie sich durchaus zu einer gedeihlichen Erziehung ihrer Kinder in der Lage fühlten.⁴²¹ Ein weiterer Grund für die Zuweisung des Anspruchs auf Eingliederungshilfe an die Minderjährigen wird darin gesehen, dass diese nach §§ 53 ff. SGB XII im Falle einer körperlichen oder geistigen Behinderung auch Anspruchsinhaber dem Träger der Sozialhilfe gegenüber sind und diesbezüglich eine Angleichung getroffen werden sollte.⁴²² Im Verhältnis zu § 27 Abs. 1 SGB VIII erweist sich die unterschiedliche Zuweisung der Anspruchsinhaberschaft allerdings als Wertungswiderspruch: Da bei der Eingliederungshilfe der Rechtsanspruch dem Kind oder Jugendlichen zusteht, muss der Anspruch bis zur Vollendung

⁴¹⁶ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 33.

⁴¹⁷ Vgl. 6.2.

⁴¹⁸ VGH BW, Urteil vom 29. Mai 1995 – 7 S 259/94, RsDE 32, 69; Urteil vom 31. Mai 2005 – 7 S 2445/02, BeckRS 2005, 27444 zur Legasthenie-Therapie; a.A. VGH BW, Urteil vom 06. April 2005 – 9 S 2633/03, ZFSH/SGB 2005, 432; kritisch Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 35.

⁴¹⁹ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 33.

⁴²⁰ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Frauen und Jugend zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 12/2866, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch –, BT-Drucks. 12/3711, 42 zu § 35a.

⁴²¹ Fegert 1999, 14; BMFSFJ, Zehnter Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 13/11368, 278.

⁴²² Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.6 Rz. 9; Mrozynski, ZfJ 1999, 403, 407; ders., ZfJ 2000, 251, 253 f.

des 15. Lebensjahrs von den gesetzlichen Vertretern des Minderjährigen für das Kind geltend gemacht werden. Mit Vollendung des 15. Lebensjahrs kann der Jugendliche im Rahmen der sozialrechtlichen Teilmündigkeit nach § 36 Abs. 1 SGB I selbst einen Antrag auf die Leistung stellen und verfolgen, sofern diese Befugnis durch die gesetzlichen Vertreter nicht nach Absatz 2 eingeschränkt worden ist und die Leistung nicht außerhalb der Familie erfolgt und damit das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Personensorgeberechtigten betroffen wird.⁴²³ Diese Möglichkeit besteht nicht, sofern die konkret gewünschte Unterstützung im Rahmen von Hilfe zur Erziehung zu gewähren ist.⁴²⁴ Ähnliches gilt für den Fall einer Klage auf eine Leistung, die auf der Grundlage von § 27 oder § 35a SGB VIII infrage kommt. In Grenzfällen könnte ein Gericht zwar im Rahmen der Begründetheitsprüfung eines Antrags bzw. einer Klage aufgrund der genannten Nähe der beiden Vorschriften zueinander eine Leistung, die auf der Grundlage von § 35a SGB VIII begehrt wird, im Ergebnis als Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII zusprechen⁴²⁵ oder umgekehrt. Bei korrektem Vorgehen müsste es diese Frage jedoch im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung aufklären, da hiervon abhängt, wer Antragsteller in dem Verfahren ist.⁴²⁶

In der Zuweisung des Anspruchs nach § 35a SGB VIII zu den Minderjährigen wird im Gegensatz zu der Situation des § 27 SGB VIII keine Kollision mit Verfassungsrecht gesehen, da es sich bei der Leistung nicht um erzieherische Maßnahmen handele und somit keine Konkurrenz zu Rechten der Eltern bestehe.⁴²⁷ Angesichts der erwähnten Abgrenzungsprobleme und der weiten Überschneidungsbereiche zwischen den Fällen des § 27 und des § 35a SGB VIII, die eine klare Unterscheidung in der Praxis oft kaum möglich machen, ist jedoch nicht davon auszugehen, dass im Rahmen von Leistungen nach § 35a SGB VIII tatsächlich keinerlei erzieherische Maßnahmen erfolgen. Darüber hinaus lässt sich gegen diese Argumentation ein-

⁴²³ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 35a Rz. 29; Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 35a Rz. 15; Kepert/Vondung in LPK-SGB VIII 2016 § 35a Rz. 9; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.6 Rz. 10; Münder/Trenczek 2015, 179; a.A. BAGLJÄ 2009, 2: Zustimmung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters stets erforderlich.

⁴²⁴ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 8 Rz. 23; ders., FuR 1990, 325, 328; a.A. Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 24: „unberührt bleibt das Antragsrecht des Minderjährigen nach § 36 SGB I“; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 17; Coester, FamRZ 1991, 253, 257, der aus dem Anregungsrecht nach § 8 Abs. 2 SGB VIII ein Antragsrecht ab Vollendung des 15. Lebensjahrs ableitet.

⁴²⁵ So VGH BW, Urteil vom 31. Mai 2005 – 7 S 2445/02, BeckRS 2005, 27444 zur Legasthenie-Therapie.

⁴²⁶ Mroczynski, ZfJ 1999, 403, 408 ff. mit weiteren Hinweisen auf Unstimmigkeiten im Verhältnis zu anderen Regelungen des SGB VIII.

⁴²⁷ Stähr in Hauck/Noftz § 35a Rz. 8; Kepert/Vondung in LPK-SGB VIII 2016 § 35a Rz. 6; Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 8 Rz. 27 unter Hinweis auf die Schwierigkeit, in diesem Zusammenhang die Reichweite der elterlichen Erziehungsverantwortung präzise zu bestimmen und Erziehung von Therapie abzugrenzen.

wenden, dass die Begriffe der Pflege und Erziehung in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG über die Erziehung im engeren Sinne hinaus auch jede andere Art der Betreuung umfassen, die das Wohl des Kindes erfordert. Sie umfassen die Gesamtsorge und -verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes, die sich auf alles erstreckt, was diese Bedingungen beeinflusst und gestaltet.⁴²⁸ Eine Differenzierung, die es im Falle der (drohenden) seelischen Behinderung erlaubt, dem Minderjährigen einen eigenständigen Anspruch auf Unterstützung gegen den Staat einzuräumen, während dies bei der Hilfe zur Erziehung verfassungswidrig sein soll, ist nicht ersichtlich.

Darüber hinaus wäre eine Letztentscheidungsbefugnis der Personensorgeberechtigten – und damit in der Regel der Eltern – über die Frage, ob und wenn ja in welcher Form ihren Kindern staatliche Erziehungshilfen erbracht werden sollen, bereits allein durch das Instrument der gesetzlichen Vertretung gegeben.⁴²⁹ Selbst wenn die Minderjährigen Inhaber des Anspruchs nach § 27 Abs. 1 SGB VIII wären, könnten sie diesen nicht eigenständig geltend machen, sondern müssten gemäß § 1629 BGB durch die Personensorgeberechtigten gesetzlich vertreten werden. Allenfalls für Jugendliche ab Vollendung des fünfzehnten Lebensjahrs kommt eine eigenständige Geltendmachung infrage, da sie gemäß § 36 Abs. 1 SGB I berechtigt sind, Anträge auf Sozialleistung zu stellen und zu verfolgen sowie Sozialleistungen entgegenzunehmen.⁴³⁰ Selbst dieses Recht kann jedoch durch den Personensorgeberechtigten nach § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB I durch schriftliche Erklärung dem Leistungsträger gegenüber eingeschränkt werden. Letztlich läge die Entscheidung darüber, ob der Jugendliche sein Recht auf Hilfe zur Erziehung ausüben kann, auch hier in den Händen des gesetzlichen Vertreters. Sein Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bliebe also in jedem Fall gewahrt. Hinzu kommt, dass die Gewährung von Hilfe zur Erziehung gegen den Willen der Eltern aufgrund der verfassungsrechtlich begründeten Vorrangstellung der Eltern nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ohnehin nicht erfolgen darf.⁴³¹ Die bloße Zuweisung des Rechtsanspruchs auf Hilfe zur Erziehung an die Minderjährigen ohne zusätzliche Zuweisung von Instrumentarien zur eigenständigen

⁴²⁸ Uhle in BeckOK GG Art. 6 Rz. 51 f.

⁴²⁹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 4; Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 39; Tillmanns in MünchKomm BGB 2012 § 1 SGB VIII Rz. 8; Mroczynski, ZfJ 1999, 403, 407.

⁴³⁰ Der Widerspruch zwischen dem grundsätzlichen Antragsrecht nach § 36 SGB I und dem fehlenden Rechtsanspruch der Minderjährigen nach § 27 Abs. 2 SGB VIII wird teilweise als unerträglich gewertet, da hiermit das Antragsrecht in einem Bereich leerläuft, der für die Minderjährigen gerade von zentraler Bedeutung ist, vgl. Kiehl, ZRP 1990, 94, 96; Preis 1990, 14, 23.

⁴³¹ Stähr in Hauck/Noftz § 27 Rz. 16; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 3; Coester, FamRZ 1991, 253, 255.

Geltendmachung vorbei am gesetzlichen Vertreter würde somit in den meisten Fällen keine faktischen Unterschiede zur bestehenden Rechtslage mit sich bringen.⁴³² Sie würde jedoch die Möglichkeit eröffnen, in den Fällen einer Interessenkollision zwischen gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem für den Fall der Untätigkeit der gesetzlichen Vertreter einen Verfahrenspfleger für den Minderjährigen zu bestellen, der anstelle der ansonsten zur gesetzlichen Vertretung befugten Personen sein Recht auf Hilfe zur Erziehung geltend machen könnte.⁴³³

Verfassungsrechtliche Gründe stehen also einer möglichen Anspruchsberechtigung der Minderjährigen in Bezug auf Hilfe zur Erziehung nicht entgegen.

3.1.2.3 Denkbare Ansatzpunkte für eine Anspruchsberechtigung der Minderjährigen

Eine Anspruchsinhaberschaft der Kinder und Jugendlichen läge im Hinblick auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des SGB VIII und die Zielsetzung der jugendhilferechtlichen Reformen, die mit dem Gesetz verwirklicht werden sollten, nahe: Nach ganz überwiegender Ansicht war der Anspruch auf Erziehungshilfe schon im JWG dem Minderjährigen zugeordnet.⁴³⁴ So war nach § 62 JWG „*einem Minderjährigen ... Freiwillige Erziehungshilfe zu gewähren*“. Nach § 55 JWG war „*für einen Minderjährigen ... ein Erziehungsbeistand zu bestellen*“. In § 6 Abs. 2 JWG hieß es: „*Werden einem einzelnen Minderjährigen nach § 4 oder 5 Hilfen zur Erziehung gewährt, so gehört hierzu ... der ... notwendige Lebensunterhalt.*“ Damit korrespondierte auch die damalige Fassung der Aufgabenbeschreibung der Jugendhilfe in § 8 SGB I. Hier hieß es: „*Jeder junge Mensch hat zur Entfaltung seiner Persönlichkeit ein Recht auf Erziehung. Dieses Recht wird von der Jugendhilfe durch Angebote der allgemeinen Förderung der Jugend und der Familienerziehung und, soweit es nicht von den Eltern verwirklicht wird, durch erzieherische Hilfe gewährleistet.*“⁴³⁵ Hieraus leitete sich eine eigenständige Legitimation der Jugendhilfe aus dem Recht der jungen Menschen ab.⁴³⁶ Ausgehend von dieser Rechtslage erfolgte die Neuregelung des Kinder- und Jugendhilferechts durch das SGB VIII mit dem Anspruch, die Rechtsstellung von Minderjährigen gegenüber der früheren Situation zu verbessern.⁴³⁷ Ihr Aus

⁴³² Mrozynski, ZfJ 1999, 403, 407.

⁴³³ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 42; Münder, JAmt/ZKJ Sonderheft 2010, 31; ausführlich hierzu 3.2.2.

⁴³⁴ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 33; Münder/Trenczek 2015, 157; Oberloskamp, ZfJ 1990, 260, 268.

⁴³⁵ Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I) Gesetz vom 11. Dezember 1975 BGBl. I, 3015 f.

⁴³⁶ Merchel, BdW 1990, 313, 314.

⁴³⁷ Vgl. 1.1.

schluss von der Anspruchsinhaberschaft bei der Hilfe zur Erziehung wäre demgegenüber eine Verschlechterung ihrer rechtlichen Position. Zu erwarten wäre dagegen, dass die Minderjährigen in diesem Bereich auch weiterhin eigenständige Rechtspositionen innehaben, die sich unter Umständen noch verbessert haben.

3.1.2.3.1 Rechtsanspruch des Kindes aus §§ 27 bis 35 SGB VIII?

Eine Auslegung, die dem Kind oder dem Jugendliche den Rechtsanspruch zuweist, lässt sich § 27 Abs. 1 SGB VIII selbst nicht entnehmen. Auch die Gesetzesmaterialien sprechen gegen eine Anspruchsinhaberschaft der Kinder und Jugendlichen. Laut Gesetzesbegründung sollte eine kumulative Anspruchsinhaberschaft von Personensorgeberechtigten und Minderjährigen nicht geschaffen werden.⁴³⁸ Hier heißt es: *„Adressat des Anspruchs ist der Personensorgeberechtigte. ... Ein eigenständiges, mit der Elternverantwortung konkurrierendes Erziehungsrecht kommt dem Staat aufgrund der Vorrangentscheidung in Artikel 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht zu. Von daher kann der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung auch nicht kumulativ oder alternativ dem Kind oder dem Jugendlichen selbst zustehen. In diesem Fall würde sich der Leistungsinhalt von einer Hilfe für den zur Erziehung Berechtigten zu einem Recht des Kindes oder Jugendlichen auf Erziehung gegenüber dem Staat ändern. Damit würde auch das Sorgerechtssubjekt, nämlich die Eltern, ausgetauscht. An die Stelle der Eltern würde der Staat treten. Von ihm würde die Erfüllung einer Aufgabe erwartet, die nach dem Grundgesetz gerade nicht ihm, sondern den Eltern zukommt.“*⁴³⁹

Angesichts des Wortlauts der §§ 28 bis 35 SGB VIII, in denen einzelne Hilfen zur Erziehung beispielhaft aufgeführt sind, erscheint es jedoch zunächst als möglich, die Minderjährigen als Anspruchsinhaber der benannten Hilfen zu betrachten. So sollen gemäß § 28 SGB VIII Erziehungsberatungsstellen neben Eltern und anderen Erziehungsberechtigten auch Kinder und Jugendliche unterstützen. Die soziale Gruppenarbeit (§ 29 SGB VIII), der Erziehungsbeistand (§ 30 SGB VIII), die Erziehung in der Tagesgruppe (§ 32 SGB VIII), die Vollzeitpflege (§ 33 SGB VIII), die Heimerziehung (§ 34 SGB VIII) sowie die intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung (§ 35 SGB VIII) sind vom Wortlaut der jeweiligen Norm her sogar ausschließlich auf die

⁴³⁸ Zu möglichen politisch-pragmatischen Gründen für die Haltung des Gesetzgebers *Münder*, JAmt/ZKJ Sonderheft 2010, 31, 32.

⁴³⁹ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts, BT-Drucks. 11/5948, 68 zu § 26 Abs. 1.

Förderung und Unterstützung Minderjähriger gerichtet. Allein die sozialpädagogische Familienhilfe gemäß § 31 SGB VIII ist nach dem Wortlaut der Norm nicht auf den Minderjährigen, sondern auf die Familie als Gesamtheit gerichtet.

Die §§ 28 bis 35 SGB VIII beinhalten jedoch keine eigenständigen Anspruchsgrundlagen neben § 27 Abs. 1 SGB VIII, sondern lediglich Beschreibungen einzelner standardisierter Hilfeformen und damit Rechtsfolgen des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung. In den Formulierungen der jeweiligen Normen ist somit keine Benennung anspruchsberechtigter Personen zu sehen.⁴⁴⁰ Der Anspruch selbst richtet sich in jedem Fall nach § 27 Abs. 1 SGB VIII. Auch wenn die Hilfe in einer Unterstützung oder Förderung des Minderjährigen liegt, steht der Anspruch darauf den Anspruchsberechtigten nach § 27 Abs. 1 SGB VIII zu. Entscheidend ist also, ob hierzu auch die Kinder und Jugendlichen zählen.

3.1.2.3.2 Rechtsanspruch des Kindes aus § 1 Abs. 1 i.V.m. § 27 SGB VIII?

In Betracht kommt auf Grundlage des SGB VIII allenfalls die Ableitung einer Anspruchsinhaberschaft der Minderjährigen aus § 1 Abs. 1 SGB VIII. Nach dem Wortlaut dieser Norm hat jeder junge Mensch ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.

Fraglich ist aber, ob sich aus § 1 Abs. 1 SGB VIII tatsächlich subjektive Rechtsansprüche von Kindern und Jugendlichen ableiten lassen, die im Ergebnis auch zu einer Anspruchsberechtigung für Hilfe zur Erziehung führen können.

Nach dem Wortlaut statuiert § 1 Abs. 1 SGB VIII ein Recht der jungen Menschen auf Förderung und Erziehung, womit bei vordergründiger Betrachtung ein Rechtsanspruch begründet sein könnte. Überwiegend wird ein subjektiver Rechtsanspruch des Minderjährigen auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 SGB VIII mit dem Hinweis auf die Unbestimmtheit der Norm und den Vorrang der elterlichen Erziehung abgelehnt.⁴⁴¹ Zudem wird die Ablehnung als anspruchsbegründende Norm durch die Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf gestützt. Darin führt die damalige Bundesregierung aus, dass die Bestimmung für einen Rechtsanspruch zu allgemein gefasst sei und dass Minderjährigen unabhängig von ihren Eltern hierdurch keine

⁴⁴⁰ Mrozynski, ZfJ 1999, 403, 406.

⁴⁴¹ Jans/Happe/Saurbier in Jans u.a. SGB VIII § 1 Rz. 17 ff.; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 1 Rz. 3 m.w.N.

eigenständige Rechtsposition eingeräumt werden könne.⁴⁴² Demgegenüber wird vereinzelt vertreten, mit der Norm werde ein Rechtsanspruch begründet. Dabei wird insbesondere auf den Wortlaut abgestellt sowie auf den erfolgten Wandel von Grundrechten hin zu Teilhaberechten, die in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip dem Recht auf Erziehung und Förderung grundsätzlich subjektiv-öffentliche Rechtsatzqualität zukommen ließen.⁴⁴³

Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 SGB VIII, „*Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit*“, spricht zunächst für die Annahme eines subjektiven Rechtsanspruchs, da ausdrücklich ein Recht des jungen Menschen benannt wird. Die Norm enthält jedoch keinerlei Aussagen dazu, in welchen Situationen das genannte Recht geltend gemacht werden kann. Es fehlt damit an der Benennung von anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen,⁴⁴⁴ und damit an einem zentralen Merkmal einer Anspruchsgrundlage. Zudem benennt § 1 Abs. 1 SGB VIII keinen Leistungsverpflichteten.⁴⁴⁵ Es wird keine Aussage dazu getroffen, gegen wen konkret sich das Recht des jungen Menschen richtet. Handelte es sich um eine Leistungsverpflichtung, so würde sich diese gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe richten. Unabhängig von der Frage nach einer eigenständigen Erziehungsverpflichtung der Kinder- und Jugendhilfe sind zumindest daneben jedoch auch die Sorgeberechtigten und die Schulen erziehungsverpflichtet.⁴⁴⁶ Um aus § 1 Abs. 1 SGB VIII subjektive Rechtsansprüche ableiten zu können, müssten die Voraussetzungen, unter denen gerade die Träger der öffentlichen Jugendhilfe leistungspflichtig sind, benannt werden.⁴⁴⁷

Soweit gegen den Anspruchscharakter des § 1 SGB VIII außerdem vorgebracht wird, der Anspruchsinhalt sei zu unbestimmt,⁴⁴⁸ vermag diese Argumentation hingegen nicht zu überzeugen. § 1 Abs. 1 SGB VIII gewährt nicht nur allgemein ein Recht auf Erziehung, sondern benennt auch das Erziehungsziel einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Die Norm verwendet damit zwar unbe-

⁴⁴² BT-Drucks. 11/5948, 47.

⁴⁴³ Fieseler in GK-SGB VIII § 1 Rz. 11 ff.; Denninger, KJ 1969, 379 ff.; Münder, ZfJ 1991, 285 ff.

⁴⁴⁴ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 47; Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 1 Rz. 11; Kunkel, ZfJ 1991, 145, 146.

⁴⁴⁵ Kunkel, ZfJ 1991, 145, 146.

⁴⁴⁶ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 1 Rz. 7.

⁴⁴⁷ A.A. Tillmanns in MünchKomm BGB 2012 § 1 SGB VIII Rz. 4: Leistungspflichtiger bei Förderungsmaßnahmen und Hilfen ist im Zweifel der nach §§ 85 ff. zuständige örtliche Träger.

⁴⁴⁸ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 1 Rz. 11.

stimmte Rechtsbegriffe, aufgrund der Individualität jeder Erziehungssituation und nicht zuletzt aufgrund des in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten vorrangigen Erziehungsrechts der Eltern wäre eine konkretere Formulierung jedoch nicht in Frage gekommen.⁴⁴⁹ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, deren Inhalt erst durch Auslegung zu ermitteln ist, wie sie etwa auch in § 27 Abs. 1 SGB VIII erfolgt, schließt nicht aus, dass mit der betreffenden Norm ein Rechtsanspruch begründet wird.⁴⁵⁰ Ähnlich auslegungsbedürftig sind etwa im Einzelfall die Voraussetzungen der Hilfe für junge Volljährige. Nach § 41 Abs. 1 SGB VIII soll „*einem jungen Volljährigen ... Hilfe für die Persönlichkeitsentwicklung und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung gewährt werden, wenn und solange die Hilfe auf Grund der individuellen Situation des jungen Menschen notwendig ist*“. Die Vorschrift stellt inhaltlich ohne weitere Präzisierung auf die Notwendigkeit der Hilfe aufgrund der individuellen Situation des jungen Menschen ab und bleibt somit unbestimmt.⁴⁵¹ Dennoch leitet sich aufgrund der Soll-Formulierung aus der Norm im Regelfall ein Rechtsanspruch des jungen Volljährigen ab.⁴⁵²

Da jedoch mit der Benennung der Anspruchsvoraussetzungen, die gerade eine Leistungsverpflichtung der Kinder- und Jugendhilfe auslösen, zentrale Bestandteile einer Anspruchsnorm fehlen, ist § 1 SGB VIII nicht als solche zu werten, sondern lediglich als Programmsatz,⁴⁵³ der sich an den öffentlichen Jugendhilfeträger als Adressat wendet, aber keine subjektiven Rechtsansprüche begründet.⁴⁵⁴ § 1 Abs. 1 SGB VIII setzt vielmehr subjektive Rechte des Kindes voraus. Für eine derartige Auslegung spricht auch die systematische Stellung der Norm. Es wäre nicht schlüssig, einen weit gefassten Anspruch in der Anfangsbestimmung des Gesetzes zu begründen, im Folgenden dann aber den Minderjährigen einen Anspruch auf konkrete Leistungsinhalte in mehreren Leistungsbereichen des Gesetzes – wie etwa der Hilfe zur Erziehung – gerade zu versagen.⁴⁵⁵

⁴⁴⁹ So auch *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 1 Rz. 11.

⁴⁵⁰ *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 146.

⁴⁵¹ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 41 Rz. 9; *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 41 Rz. 4 f. zu den Schwierigkeiten der Anwendung der Norm aufgrund der weiten Formulierung.

⁴⁵² *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 41 Rz. 18; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 41 Rz. 1, 25; *Tammen* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 41 Rz. 3.

⁴⁵³ Noch geringer wird die Bedeutung eingeschätzt von *Hoffmann*, VSSR 1998, 67 ff., wo von einer „generalklauselartigen Kompromissformulierung“ mit „moralischem Appellcharakter“ an die Träger der Jugendhilfe und somit einer symbolischen Norm die Rede ist.

⁴⁵⁴ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 503/89, 44; *Jans/Happe/Saubier* in *Jans u.a.* § 1 Rz. 17 ff.; *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 1 Rz. 3; *Wiesner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 1 Rz. 11 ff.; *Coester*, FamRZ 1991, 253, 255; *Kunkel*, ZfF 1995, 7, 8; *Paul*, ZfF 1995, 8, 9; a.A. *Münder*, ZfJ 1991, 285; *Fieseler* in *GK-SGB VIII* § 1 Rz. 11.

⁴⁵⁵ *Tillmanns* in *MünchKomm BGB 2012* § 1 SGB VIII Rz. 4.

Aus § 1 Abs. 1 SGB VIII lässt sich ein Rechtsanspruch der Minderjährigen auf Tätigwerden der öffentlichen Jugendhilfe somit nicht ableiten, daher kann die Norm Minderjährige auch nicht zum Anspruchsinhaber auf Hilfe zur Erziehung gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII neben den Personensorgeberechtigten machen.

3.1.2.3.3 Rechtsanspruch des Kindes aufgrund der Garantenstellung des Staates?

Möglich bleibt schließlich noch die Ableitung einer Anspruchsberechtigung der Minderjährigen aufgrund der Garantenstellung des Staates wegen bestehender Interventionspflicht im Notfall.⁴⁵⁶ Diese Ableitung wird auf eine Auslegung des staatlichen Wächteramts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG als Garantienorm auf der Grundlage einer „*leistungsrechtlichen und schutzpflichtenrechtlichen Dimensionserweiterung*“⁴⁵⁷ gestützt. Im Gegensatz dazu wird überwiegend ein Anspruch von Minderjährigen auf Ausübung des staatlichen Wächteramts erst bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung bejaht.⁴⁵⁸ Teilweise wird er auch hier mit dem Hinweis darauf abgelehnt, das staatliche Wächteramt verpflichte zwar den Staat zum Tätigwerden im Interesse des Kindes, gewähre dem Kind jedoch keinen Anspruch darauf, dass der Staat seiner Verpflichtung nachkomme.⁴⁵⁹

Problematisch an der Ableitung eines Rechtsanspruchs der Minderjährigen auf Hilfe zur Erziehung aus der staatlichen Garantenstellung ist, dass sie von einem Rechtsanspruch der Kinder und Jugendlichen im Notfall der Kindeswohlgefährdung ausgeht, den sie allerdings abweichend von der gesetzlichen Regelung des § 1666 BGB bereits dann annimmt, wenn Grundanforderungen einer kindgemäßen Entwicklung nicht gegeben sind. § 1666 Abs. 1 BGB geht jedoch davon aus, dass das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen *gefährdet* sein muss, damit Maßnahmen gegen den Willen der Eltern ergriffen werden können. Damit werden die Voraussetzungen des § 1666 BGB „herunterargumentiert“⁴⁶⁰ und praktisch auf die Ebene der Anspruchsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII abgesenkt. Dies widerspricht dem gesetzlichen Modell, nach dem Unterstützungsleistungen im Rahmen der Hilfe zur Erziehung gerade unterhalb der Schwelle der

⁴⁵⁶ Jeand'Heur 1993, 32 ff.

⁴⁵⁷ Jeand'Heur 1993, 99.

⁴⁵⁸ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 1 Rz. 13; Tillmanns in MünchKomm BGB 2012 § 1 SGB VIII Rz. 5 f.; Coester, FamRZ 1991, 253, 256; Kunkel, FamRZ 1997, 193, 198.

⁴⁵⁹ Jestaedt in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 36.

⁴⁶⁰ So Röchling 1997, 223.

Kindeswohlgefährdung angeboten werden sollen, um diese möglichst zu verhindern. Auf Grundlage dieser Gesetzessystematik könnte man den „Notfall“, der dazu führt, dass der Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung von den Personensorgeberechtigten auf die Minderjährigen übergehen soll, erst bei bestehender Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB annehmen. Hiermit erreicht man allerdings nur die Fälle, in denen ein Rechtsanspruch der Kinder und Jugendlichen ohne nennenswerte Auswirkungen bliebe, da hier ohnehin Maßnahmen des Familiengerichts zur Ermöglichung notwendiger Hilfe zur Erziehung stattfinden können. Insgesamt vermag die Konstruktion einer Anspruchsberechtigung der Minderjährigen aufgrund der Garantenstellung des Staates wegen bestehender Interventionspflicht im Notfall daher nicht zu überzeugen.⁴⁶¹

3.1.2.4 Folgerungen für die Frage der Anspruchsinhaberschaft des Minderjährigen

Im Ergebnis lässt sich aus der aktuellen Gesetzeslage kein Anspruch der Minderjährigen auf Hilfe zur Erziehung ableiten. Die Zuweisung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung an die Personensorgeberechtigten unter Ausschluss einer Anspruchsberechtigung der Minderjährigen hätte jedoch nicht zwingend erfolgen müssen.⁴⁶² Verfassungsrechtliche Gründe stünden einem Rechtsanspruch der Kinder und Jugendlichen auf Hilfe zur Erziehung nicht entgegen. Ein solcher Anspruch ist ihnen aber bislang nicht eingeräumt worden.

Die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung ist vielfach auf Kritik gestoßen.⁴⁶³ Kritisiert wird in diesem Zusammenhang neben den o.g. Aspekten, dass das SGB VIII bei der Hilfe zur Erziehung die individuelle Rechtsposition der Kinder und Jugendlichen im Vergleich zu der zuvor bestehenden Gesetzeslage zurückdrängt. Bei dem Recht auf erzieherische Hilfen nach §§ 5, 6 JWG handelte es sich nach herrschender Meinung um einen Anspruch des Minderjährigen.⁴⁶⁴ Allenfalls wurde der Anspruch

⁴⁶¹ So i.E. auch Röchling 1997, 223 f.

⁴⁶² Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 16; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 23; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 4; Tammen/Trenczek in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 39; Jestaedt in Münders/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 31; Oberloskamp, ZfJ 1990, 260, 266.

⁴⁶³ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 11/5948, 130 f. zu § 26 Abs. 1, in der die zusätzliche Benennung von Kindern und Jugendlichen als Anspruchsberechtigte in der Norm gefordert wird; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 16; Münders/Trenczek 205, 157 f.; Münders, ZfJ 1990, 488 ff., ders., ZfJ 1991, 285, 286.

⁴⁶⁴ In ständiger Rechtsprechung: BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 1989 – 5 C 34/86, NJW 1990, 1309; Urteil vom 13. Juni 1991 – 5 C 27/88, NJW 1991, 3165 ff.; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 16; Tammen/Trenczek in Münders u. a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 39; Münders, RsDE 5, 1, 5; a.A.: Wiesner u.a. 2000 § 27 Rz. 7.

teilweise gleichzeitig sowohl den Minderjährigen als auch den Personensorgeberechtigten zugeordnet.⁴⁶⁵ Mit dem SGB VIII sollte die Subjektstellung der Minderjährigen im Vergleich zum JWG verbessert werden.⁴⁶⁶ Dies zeigt sich z.B. in den Beteiligungsrechten nach §§ 8, 36 SGB VIII. Zudem bestehen mit §§ 24, 35a und 42 Abs. 2 SGB VIII eindeutig den Minderjährigen zugewiesene Ansprüche gegen die öffentliche Jugendhilfe. Daher erscheint es als inkonsequent und als Rückschritt, den Minderjährigen bei der Hilfe zur Erziehung und damit in einem Kernbereich des Jugendhilferechts⁴⁶⁷ ihre bisherige Rechtsposition zu entziehen und den Personensorgeberechtigten zuzuweisen.⁴⁶⁸ Insofern hat die Reform der Jugendhilfe mit dem Inkrafttreten des SGB VIII bei der Hilfe zur Erziehung nicht dazu geführt, dass Minderjährige in ihrer Position als Leistungsberechtigte gestärkt worden sind.

Es ergibt sich damit bei Ablehnung oder Gleichgültigkeit der Eltern im Falle eines erzieherischen Bedarfs des Kindes, der unterhalb der Gefährdungsschwelle des § 1666 BGB liegt, die Situation, dass der Bedarf des Kindes nicht gedeckt werden kann und seitens des Jugendamts u.U. „abgewartet“ werden muss, bis sich die Situation des Minderjährigen weiter verschlechtert und die Schwelle der Kindeswohlgefährdung überschritten ist, bevor ihm die notwendige Förderung zukommen kann. *„Im Überschwang des ‚Paradigmenwechsels‘ ... wird eine Strukturschwäche des Gesetzes übersehen, die darin liegt, dass einem Erziehungsdefizit bei Gleichgültigkeit der Eltern nicht beizukommen ist, weil dann eine Lücke klafft zwischen der ‚kooperativen HzE‘ mit ihnen und der gem. § 1666 BGB ‚oktroierten HzE‘ ohne sie.“*⁴⁶⁹

3.2 Geltendmachung des Rechts aus § 27 Abs. 1 SGB VIII

Neben der Frage, wem der materiell-rechtliche Anspruch auf Hilfe zur Erziehung zusteht, ist auch die Frage von Bedeutung, wer zur Geltendmachung des Anspruchs nach § 27 Abs. 1 SGB VIII berechtigt ist. Der Kreis dieser Personen kann mit dem der Inhaber des Rechtsanspruchs deckungsgleich sein, materielle Anspruchsberechtigung und Ausübungsfähigkeit des Anspruchs können jedoch in einigen Fällen auseinanderfallen. Möglicherweise kann nicht jede Person, der ein Anspruch nach § 27 Abs. 1 SGB VIII zusteht, diesen auch (allein) geltend machen. Auf der anderen Seite

⁴⁶⁵ BVerwG, Beschluss vom 25. August 1987 – 5 B 50/87, NDV 1988, 91, 92.

⁴⁶⁶ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 47.

⁴⁶⁷ Vgl. 1.1.

⁴⁶⁸ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 16.

⁴⁶⁹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 12.

ist es auch möglich, dass Personen berechtigt sind, den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung in eigenem oder in fremdem Namen geltend zu machen, denen dieser Anspruch materiell-rechtlich nicht zusteht. Voraussetzung für die Befugnis zur Geltendmachung eines fremden Rechts ist eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Ermächtigung.

3.2.1 Geltendmachung des Rechts durch die Personensorgeberechtigten

Unproblematisch berechtigt, den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung geltend zu machen, ist der Personensorgeberechtigte als Anspruchsinhaber. In der Regel liegt die Berechtigung also bei den Eltern bzw. dem Elternteil, dem die alleinige Personensorge zusteht oder der auf Grundlage von § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen der Alltagssorge über die Inanspruchnahme einer kurzzeitigen, wenig intensiven Hilfe entscheiden kann. Unter den o.g. Voraussetzungen⁴⁷⁰ ist aber auch der Vormund oder Pfleger des Minderjährigen zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigt.

Sofern die Personensorge beiden Eltern uneingeschränkt zusteht und nicht die Ausnahme des § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB greift, sind beide gemeinsam Anspruchsberechtigte und damit berechtigt zur einvernehmlichen Geltendmachung des Anspruchs oder auch Ablehnung von Hilfe zur Erziehung. Aufgrund der Freiwilligkeit der Annahme von Hilfe zur Erziehung kann in diesem Fall kein Elternteil Hilfe zur Erziehung gegen den Willen des anderen in Anspruch nehmen.

Die Eltern können sich gegenseitig widerruflich bevollmächtigen.⁴⁷¹ Dies gilt sowohl im Fall des Zusammenlebens im Rahmen der §§ 1626 Abs. 1, 1629 BGB⁴⁷² als auch in der Konstellation des § 1687 BGB.⁴⁷³ Eine unwiderrufliche Vollmacht wäre demgegenüber unwirksam, da hierin ein unzulässiger Verzicht auf die Sorgerechtsausübung läge.⁴⁷⁴ Da es sich bei dem Anspruch auf Hilfe zur Erziehung um ein Recht der Personensorgeberechtigten und nicht des Kindes handelt, geht es nicht um eine Vollmacht zur alleinigen Vertretung des Kindes durch einen Elternteil. Vielmehr muss die Vollmacht erkennen lassen, dass sie sich (auch) auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung durch den anderen Elternteil bezieht und der bevollmächtigte Elternteil muss sein Einverständnis mit der Hilfe ausdrücklich auch

⁴⁷⁰ S. 3.1.1.2.

⁴⁷¹ Ausführlich Hoffmann, ZKJ 2009, 156 ff.

⁴⁷² BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 – VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45, 48; OLG Saarbrücken, Urteil vom 28. Dezember 2007 – 4 U 8/07 – 2, FamRZ 2008, 2030; Veit in BeckOK BGB § 1629 Rz. 11.

⁴⁷³ Veit in BeckOK BGB § 1687 Rz. 13 f.

⁴⁷⁴ Peschel-Gutzeit in Kaiser u.a. 2014 § 1687 Rz. 18; Salgo in Staudinger § 1687 Rz. 13; Schwab, FamRZ 1998, 457, 470.

als Vertreter des anderen Elternteils erklären.⁴⁷⁵ Der sorgeberechtigte Elternteil bleibt allerdings trotz erteilter Vollmacht Garant für das Wohl des Kindes, er kann sich seinen sorgerechtlichen Rechten und Pflichten durch die Vollmacht nicht entziehen. Insofern hat er den Sorgerechtsbevollmächtigten nicht nur sorgfältig auszuwählen und zu informieren, sondern er muss sein Handeln auch kontrollieren und überwachen.⁴⁷⁶ Da sich die elterliche Sorge als pflichtgebundenes, auf das Wohl des Kindes bezogenes Recht versteht, muss in wesentlichen Angelegenheiten das auf den konkreten Einzelfall bezogene Einverständnis des bevollmächtigenden Elternteils mit der Entscheidung des bevollmächtigten Elternteils vorliegen.⁴⁷⁷ Eine generelle Bevollmächtigung, etwa Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe oder irgendeine Art von Hilfe zur Erziehung anzunehmen, wäre demnach nicht ausreichend.⁴⁷⁸

In einzelnen Angelegenheiten kann ein Elternteil seine aus der elterlichen Sorge resultierenden Rechte und Pflichten auch durch Bevollmächtigung einer dritten Person wahrnehmen.⁴⁷⁹ Zwar ist die elterliche Sorge selbst als höchstpersönliches absolutes Recht nicht übertragbar, es ist jedoch möglich, einen anderen mit der Ausübung von Befugnissen aus (Teilen) der elterlichen Sorge zu bevollmächtigen.⁴⁸⁰ Steht die Entscheidungsbefugnis beiden Eltern gemeinsam zu, so kann jedoch jeder Elternteil regelmäßig seine Befugnisse aus der elterlichen Sorge nur im Einverständnis mit dem anderen ausüben. Hieraus resultiert, dass kein Elternteil berechtigt ist, in Angelegenheiten, die von den Eltern gemeinsam zu entscheiden sind, einseitig und ohne Einverständnis des anderen Elternteils eine dritte Person zu bevollmächtigen, seine Rolle im Prozess der gemeinsamen Entscheidungsfindung der Eltern zu übernehmen. Eine entsprechende „Generalvollmacht“ eines Elternteils ist somit unwirksam.⁴⁸¹

Die Vollmacht ist nach §§ 166, 167 BGB grundsätzlich nicht formbedürftig. Da für die Sorgerechtsvollmacht keine abweichende Regelung besteht, bedarf sie – sei es dem anderen Elternteil oder einem Dritten gegenüber – keiner speziellen Form, kann also auch mündlich oder ggf. sogar konkludent⁴⁸² erteilt werden. Für die Akzeptanz

⁴⁷⁵ *DIJuF*, JAm 2015, 33.

⁴⁷⁶ *DIJuF*, JAm 2016, 82, 83.

⁴⁷⁷ *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544; *dies.*, JAm 2015, 6, 8; *DIJuF*, JAm 2015, 33.

⁴⁷⁸ i.E. *DIJuF*, JAm 2015, 33, 34; unklar hinsichtlich des erforderlichen Grads an Konkretisierung *DIJuF* 2013, 517, 518; a.A. *Veit* in BeckOK BGB § 1629 Rz. 11: Generalvollmacht ist möglich.

⁴⁷⁹ *DIJuF*, JAm 2013, 517, 518.

⁴⁸⁰ *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544; *dies.*, JAm 2015, 6 f.; *DIJuF*, JAm 2011, 82.

⁴⁸¹ *DIJuF*, JAm 2013, 517, 518.

⁴⁸² *Schäfer* in BeckOK BGB § 167 Rz. 7; *Hoffmann*, JAm 2015, 6, 7; a.A. ohne Begründung *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 38 Rz. 20.

gegenüber Dritten – in diesem Fall in erster Linie dem Jugendamt – ist jedoch Schriftform regelmäßig Voraussetzung.⁴⁸³

In nahezu allen Fällen kann der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung somit bei gemeinsamer elterlicher Sorge nur im Einvernehmen beider Eltern im konkreten Einzelfall ausgeübt werden. Dies gilt auch, wenn die Eltern dauerhaft getrennt leben.

3.2.2 Geltendmachung von Ansprüchen auf Hilfe zur Erziehung durch Minderjährige

Möglicherweise sind die Minderjährigen, bei denen ein erzieherischer Bedarf vorliegt, – wenn sie schon nicht materiell-rechtlich anspruchsberechtigt sind – jedenfalls berechtigt, den Anspruch der Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung selbst geltend zu machen. Dies könnte in Situationen zum Tragen kommen, in denen die Personensorgeberechtigten trotz eines bestehenden erzieherischen Bedarfs des Minderjährigen untätig bleiben und eine mögliche Hilfe nicht aktiv selbst einfordern. Zwar könnte die Hilfe aufgrund des Freiwilligkeitsprinzips und der Anspruchsinhaberschaft der Personensorgeberechtigten nicht gegen deren Willen erbracht werden. In Fällen bloßer Gleichgültigkeit könnte die Hilfe jedoch realisiert werden, ohne dass die Initiative von den Eltern ausginge.

Eine Berechtigung des Minderjährigen, den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung aus dem Elternrecht selbst geltend zu machen, könnte zunächst unter dem Aspekt des § 36 Abs. 1 SGB I infrage kommen, wonach ein Minderjähriger nach Vollendung des 15. Lebensjahrs berechtigt ist, Anträge auf Sozialleistungen zu stellen und zu verfolgen sowie Sozialleistungen entgegenzunehmen. In diesem Zusammenhang wird vertreten, das Antragsrecht des § 36 SGB I sei dahingehend auszulegen, dass Jugendliche ab Vollendung des 15. Lebensjahrs dazu berechtigt seien, zu beantragen, dass der Jugendhilfeträger den Personensorgeberechtigten Hilfe zur Erziehung anbiete.⁴⁸⁴ Diese könnten dann über die Annahme oder Ablehnung entscheiden. Diese Auslegung wird damit begründet, nur auf diese Weise könne verhindert werden, dass das Antragsrecht der Minderjährigen nach § 36 SGB I im Bereich der Jugendhilfe leerlaufe.⁴⁸⁵ Noch weiter geht eine Position, nach der die Handlungsfähigkeit nach § 36 SGB I auch die Möglichkeit einbezieht, aus fremdem Recht Anträge auf Sozialleistungen zu stellen, zu verfolgen und mit Zustimmung des

⁴⁸³ Hoffmann, JAmt 2015, 6, 7; DIJuF, JAmt 2011, 82, 83.

⁴⁸⁴ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 15; Mroczynski SGB VIII 2009 § 8 Rz. 3; Coester, FamRZ 1991, 253, 255.

⁴⁸⁵ Kiehl, ZRP 1990, 94, 96; Preis 1990, 14, 23.

Anspruchsberechtigten sogar die Leistungen entgegnzunehmen.⁴⁸⁶

Demgegenüber wird vielfach eine Antragsberechtigung der Minderjährigen im Hinblick auf Hilfe zur Erziehung aus § 36 SGB I abgelehnt. Diese Auffassung wird damit begründet, Anspruchsinhaber bei der Hilfe zur Erziehung seien ausschließlich die Personensorgeberechtigten.⁴⁸⁷ Das Antragsrecht nach § 36 SGB I könne allenfalls bei der Inanspruchnahme von Leistungen der allgemeinen Jugendförderung Wirkung entfalten, da es das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Personensorgeberechtigten unberührt lasse.⁴⁸⁸

Es ist fraglich, ob das genannte Antragsrecht⁴⁸⁹ nach § 36 SGB I unabhängig vom materiellen Anspruch betrachtet werden kann, auf den sich der Antrag bezieht. Die Vorschrift trifft eine Regelung zum Verfahren, mit dem bestehende Rechtsansprüche verfolgt werden können. § 36 SGB I regelt die Frage der Handlungsfähigkeit, nicht der Anspruchsberechtigung. Es können nur Anträge bezüglich Sozialleistungen gestellt werden, auf die ein eigener Anspruch der antragstellenden Person besteht.⁴⁹⁰ Sie begründet jedoch keine eigenständigen Ansprüche, die über die jeweilige materielle Rechtslage hinausgehen. Ein Jugendlicher könnte einen Antrag auf Hilfe zur Erziehung nach § 36 Abs. 1 SGB I nur stellen, wenn er selbst anspruchsberechtigt wäre,⁴⁹¹ was gerade nicht der Fall ist. Auch die Bejahung eines Rechts der Minderjährigen aus § 36 Abs. 1 SGB I, selbst einen Antrag zugunsten des Sorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung zu stellen, hätte aber letztlich keine praktischen Auswirkungen. Die Möglichkeit der Minderjährigen, das Jugendamt anzuregen, auf die Personensorgeberechtigten mit Angeboten der Hilfe zur Erziehung zuzugehen, ist auch unabhängig von der Antragsberechtigung nach § 36 SGB I gegeben: Nach § 8 Abs. 2 SGB VIII haben Kinder und Jugendliche das Recht, sich in allen Angelegenheiten der Erziehung und Entwicklung an das Jugendamt zu wenden. Sie benötigen hierfür nicht die vorherige Einwilligung der Personensorgeberechtigten.⁴⁹² In

⁴⁸⁶ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 17.

⁴⁸⁷ Happe/Saubier in Jans u.a. § 27 Rz. 28; Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 8 Rz. 23; ders., FuR 1990, 325, 328.

⁴⁸⁸ Röchling 1997, 228.

⁴⁸⁹ Zur Frage des Antragserfordernisses vgl. 7.1.

⁴⁹⁰ Gutzler in BeckOK Sozialrecht § 36 SGB I Rz. 21; Seewald in KassKomm § 36 SGB I Rz. 2b; Waschull in Krauskopf 2015 § 36 SGB I Rz. 9; Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 8 Rz. 13, 28.

⁴⁹¹ Happe/Saubier in Jans u.a. § 27 Rz. 28.

⁴⁹² Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 8 Rz. 7; a.A. offenbar Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 8 Rz. 17: „Auch das Initiativrecht können Kinder und Jugendliche weder ohne ihre Eltern noch gegen diese ausüben.“

einer Not- und Konfliktlage besteht nach Absatz 3 ein Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis des Personensorgeberechtigten. Im Rahmen von § 8 SGB VIII kann eine Anregung von Minderjährigen auch unterhalb der in § 36 SGB I bestimmten Altersgrenze von 15 Jahren erfolgen. Die Erforderlichkeit des Tätigwerdens der öffentlichen Jugendhilfe in diesem Bereich kann nicht von einer bestimmten Altersstufe des Minderjährigen abhängig gemacht werden.⁴⁹³

Teilweise wird zur Wahrung der Interessen von Minderjährigen, die Hilfe zur Erziehung wünschen, deren Personensorgeberechtigten die Hilfe jedoch ablehnen, die Einsetzung eines Verfahrenspflegers vorgeschlagen.⁴⁹⁴ Diese Auffassung stützt sich auf den vom Bundesverfassungsgericht begründeten Grundsatz, dass bei möglichen Interessenkonflikten zwischen Sorgeberechtigten und Minderjährigen zur Interessenwahrnehmung für die Minderjährigen ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist.⁴⁹⁵ Dieser Argumentation wird entgegengehalten, sie verwechsle die Frage der Anspruchsinhaberschaft für die Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII mit der rechtlichen Vertretungsbefugnis für den hilfebedürftigen Minderjährigen.⁴⁹⁶ Durch die Bestellung eines Verfahrenspflegers könne keine materiell-rechtliche Begrenzung elterlicher Erziehungsverantwortung bewirkt werden.⁴⁹⁷

Die Geltendmachung von Ansprüchen auf Hilfe zur Erziehung für den Minderjährigen mithilfe eines Verfahrenspflegers begegnet ähnlichen Problemen wie die Konstruktion eines Antragsrechts für Jugendliche auf der Grundlage von § 36 SGB I. Auch hierbei handelt es sich um ein rein verfahrensrechtliches Instrument. Ein Verfahrenspfleger hat lediglich die Möglichkeit, Rechte des Minderjährigen anstelle der ansonsten zur gesetzlichen Vertretung befugten Personen im Verfahren geltend zu machen und auf diese Weise darauf hinzuwirken, dass die Interessen bzw. der Wille des Minderjährigen durchgesetzt werden. Er kann dagegen keine Rechte anderer Personen – hier der Personensorgeberechtigten – im Interesse des Minderjährigen verfol-

⁴⁹³ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 8 Rz. 30.

⁴⁹⁴ So noch *Münder u.a.* FK-SGB VIII 1998 § 27 Rz. 23; *Münder* 1991, 20 ff., 28 ff.; *ders.*, ZfJ 1991, 285, 286 f.; ähnlich *Seibert* FamRZ 1995, 1457, 1462.

⁴⁹⁵ Erstmalig BVerfG, Beschluss vom 18. Juni 1986 – 1 BvR 857/85, BVerfGE 72, 122.

⁴⁹⁶ *Röchling* 1997, 222.

⁴⁹⁷ *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 17; *Happe/Saubier* in Jans u.a. SGB VIII § 27 Rz. 29; *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 23; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 9; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a.* FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 42.

gen.⁴⁹⁸ Eine Verbesserung der Rechtsstellung der Minderjährigen kann damit nicht entgegen der eindeutigen materiellen Rechtslage über einen Verfahrenspfleger erfolgen. Der Vorrang des Elternrechts aufgrund der Anspruchsinhaberschaft nach § 27 Abs. 1 SGB VIII lässt sich daher auch durch die Einschaltung eines Verfahrenspflegers aufseiten des Minderjährigen nicht umgehen.

Kinder und Jugendliche haben somit im Ergebnis keine Möglichkeit, den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung geltend zu machen. Sie können jedoch anregen, dass das Jugendamt mit einem Hilfeangebot auf die Eltern zugeht.

3.2.3 Geltendmachung des Anspruchs durch Pflegepersonen

Möglicherweise sind Pflegepersonen des Minderjährigen berechtigt, den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung anstelle⁴⁹⁹ oder im Namen⁵⁰⁰ der Personensorgeberechtigten geltend zu machen. Eine solche Berechtigung könnte sich aus § 1688 Abs. 1 BGB ergeben.⁵⁰¹ § 1688 BGB regelt die Befugnisse von Personen, die faktisch die Erziehung des Kindes übernommen haben. § 1688 Abs. 1 BGB ist dabei Grundlage für Befugnisse einer Pflegeperson, bei der das Kind für längere Zeit in Familienpflege lebt. Während der Gesetzgeber die Regelung als Vollmachtsvermutung begreift,⁵⁰² geht die Literatur aufgrund des systematischen Zusammenhangs zu § 1687 BGB von einer gesetzlichen Ermächtigung aus.⁵⁰³ Nach § 1688 Abs. 1 BGB ist die Pflegeperson berechtigt, Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu treffen, den Inhaber der elterlichen Sorge in solchen Angelegenheiten zu vertreten sowie u.a. auch Sozialleistungen für das Kind geltend zu machen. Ob sich aus dieser Regelung eine Berechtigung ableiten lässt, den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung für die Sorgeberechtigten geltend zu machen, war lange Zeit umstritten.

In der Rechtsprechung⁵⁰⁴ und Literatur⁵⁰⁵ wurde eine solche Berechtigung vereinzelt bejaht. Den maßgeblichen Gerichtsentscheidungen liegen jeweils Fälle zugrunde, in

⁴⁹⁸ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 42; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 13.

⁴⁹⁹ So *Wiesner u.a. SGB VIII 2000* § 38 Rz. 18.

⁵⁰⁰ So *Stähr* in *Hauck/Noftz SGB VIII* § 38 Rz. 7 zu § 1688 BGB.

⁵⁰¹ Bis zum 30. Juni 1998 fand sich die entsprechende Regelung in § 38 SGB VIII.

⁵⁰² Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), BT-Drucks. 13/4899, 155; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/8511, 75.

⁵⁰³ *Veit* in *BeckOK BGB* § 1688 Rz. 7.3; *Salgo* in *Staudinger 2009* § 1688 Rz. 19; *Windel*, *FamRZ* 1997, 713, 719.

⁵⁰⁴ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116; VG Aachen, Beschluss vom 29. August 2000 – 2 K 2079/99, ZfJ 2001, 391 ff.

⁵⁰⁵ *Wiesner u.a. 2000* § 27 Rz. 14; *Hoffmann*, *FamRZ* 1998, 708, 709; *Groß*, *FPR* 2004, 411, 415.

denen der Minderjährige im Rahmen der Vollzeitpflege nach § 33 SGB VIII in einer Pflegefamilie lebte und zwischen den Eltern und der Pflegeperson Streit über den weiteren Verbleib des Kindes herrschte. In dieser Situation zogen die Eltern ihren Antrag auf Hilfe zur Erziehung zurück und gaben damit ihre Zustimmung zur Fortsetzung der Hilfe auf. Die Pflegepersonen beantragten daraufhin die Fortsetzung der Hilfe und setzten dies letztlich im Klageweg durch. Die Gerichte stützten ihre Entscheidungen im Wesentlichen auf zwei Argumente. So wurde argumentiert, dass die Willenserklärung der Eltern, keine Hilfe zur Erziehung mehr in Anspruch nehmen zu wollen, den Nichtigkeitsregelungen des BGB unterfalle und hier wegen Rechtsmissbräuchlichkeit nach § 242 BGB unwirksam sei.⁵⁰⁶ Dies ergebe sich daraus, dass die Eltern mit der Rücknahme der Anträge offensichtlich das Ziel verfolgten, dem jeweiligen Kind die wirtschaftliche Grundlage für den weiteren Verbleib bei der Pflegeperson zu entziehen. Dadurch solle die Rückkehr in die elterliche Familie erzwungen und damit eine mögliche Entscheidung des Vormundschafts- bzw. des Familiengerichts über diese Frage unterlaufen werden. Zudem wurde damit argumentiert, wenn das Familiengericht entgegen dem Willen des Sorgeberechtigten einen Verbleib des Kindes bei der Pflegeperson nach § 1632 Abs. 4 BGB anordnet habe, müsse im Interesse des Kindeswohls die Möglichkeit für die Pflegeperson gegeben sein, auch in Vertretung des nicht handlungswilligen Personensorgeberechtigten Ansprüche gegenüber dem Jugendamt auf Hilfe zur Erziehung geltend zu machen. Dies sei nötig, um das Verhältnis zwischen Pflegeperson und betreutem Kind nicht zu gefährden.⁵⁰⁷ Infolge der Unbeachtlichkeit der elterlichen Erklärung könne die Pflegeperson im Ergebnis in Vertretung der personensorgeberechtigten Eltern die Weitergewährung der Hilfe verlangen.⁵⁰⁸

Im Hinblick auf das Recht der Pflegeperson, den Personensorgeberechtigten in der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten, sprachen ihr die Gerichte die Berechtigung zu, hier über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung zu entscheiden.

Die Entscheidungsbefugnisse der Pflegeperson waren von 1993 bis 1998 in § 38 SGB VIII a.F. geregelt, bevor sie mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz zum 01. Juli 1998 in § 1688 Abs. 1 und 2 BGB eingegliedert wurden. Der bisherige § 38 Abs. 2 SGB VIII wurde zum Inhalt des neuen § 38 SGB VIII, Absatz 3 fiel weg.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116.

⁵⁰⁷ VG Aachen, Beschluss vom 29. August 2000 – 2 K 2079/99, ZfJ 2001, 391, 393.

⁵⁰⁸ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116; VG Aachen, Beschluss vom 29. August 2000 – 2 K 2079/99, ZfJ 2001, 391, 393.

⁵⁰⁹ *Münder u.a.* FK-SGB VIII 1998 § 38 Rz. 1.

§ 38 Absatz 1 und 2 SGB VIII a.F. lautete:

„§ 38 Ausübung der Personensorge

(1) Sofern nicht der Personensorgeberechtigte etwas anderes erklärt oder das Vormundschaftsgericht etwas anderes angeordnet hat, ist die Person, die im Rahmen der Hilfe nach §§ 33 bis 35 und 35a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 die Erziehung und Betreuung übernommen hat, berechtigt, den Personensorgeberechtigten in der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten, insbesondere

1. Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens für das Kind oder den Jugendlichen abzuschließen und Ansprüche aus solchen Rechtsgeschäften geltend zu machen,

2. den Arbeitsverdienst eines Jugendlichen zu verwalten,

3. Unterhalts-, Versicherungs-, Versorgungs- und sonstige Sozialleistungen für das Kind oder den Jugendlichen geltend zu machen und zu verwalten,

4. im Rahmen einer Grundentscheidung des Personensorgeberechtigten Rechtshandlungen im Zusammenhang mit dem Besuch einer Tageseinrichtung oder der Schule oder mit der Aufnahme eines Berufsausbildungs- oder eines Arbeitsverhältnisses vorzunehmen,

5. bei Gefahr im Verzug alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind; der Personensorgeberechtigte ist unverzüglich zu unterrichten.

(2) Sofern der Personensorgeberechtigte durch Willenserklärung die Rechtsmacht der Pflegeperson oder der in der Einrichtung für die Erziehung verantwortlichen Personen soweit einschränkt, daß diese eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen förderliche Erziehung nicht mehr ermöglichen können, sowie bei sonstigen Meinungsverschiedenheiten sollen die Beteiligten das Jugendamt einschalten.“

Die Befugnis zur Geltendmachung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung wurde zum einen aus dem Recht der Pflegeperson abgeleitet, Sozialleistungen für das Kind geltend zu machen und zu verwalten nach § 38 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII a.F.⁵¹⁰ bzw. nach § 1688 Abs. 1 BGB.⁵¹¹ Zum anderen wurde sie auf das Recht nach § 38 Abs. 1 Nr. 5 SGB VIII a.F.⁵¹² bzw. § 1688 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 1629 Abs. 1 Satz 4 BGB gestützt,

⁵¹⁰ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116, 117; heute im Wesentlichen inhaltsgleich § 1688 Abs. 1 BGB.

⁵¹¹ VG Aachen, Beschluss vom 29. August 2000 – 2 K 2079/99, ZfJ 2001, 391 ff.

⁵¹² Heute inhaltsgleich § 1688 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 1629 Abs. 1 Satz 4 BGB.

bei Gefahr im Verzug alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohle des Kindes notwendig sind.⁵¹³ Die entgegenstehende Erklärung der Personensorgeberechtigten, die darin lag, dass sie die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung gerade ausdrücklich abgelehnt und nach § 38 Abs. 1 SGB VIII a.F.⁵¹⁴ bzw. § 1688 Abs. 3 Satz 1 BGB grundsätzlich eine derartige Vertretung durch die Pflegeperson ausgeschlossen hatten, sei aufgrund ihrer Nichtigkeit unbeachtlich.

Überwiegend wird hingegen eine Befugnis der Pflegepersonen zur Geltendmachung des Anspruchs der Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung verneint. Diese Ablehnung wird damit begründet, es handele sich bei der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung – jedenfalls in Vollzeitpflege – nicht um eine Angelegenheit des täglichen Lebens, über die die Pflegeperson nach § 1688 Abs. 1 Satz 1 BGB selbst entscheiden und in der sie den Inhaber der Personensorge vertreten könne.⁵¹⁵ Zudem wird damit argumentiert, dass die gesetzliche Regelung des § 1688 Abs. 1 Satz 2 BGB die Pflegeperson nur berechtige, Sozialleistungen für das Kind geltend zu machen. Bei der Hilfe zur Erziehung handele es sich hingegen um eine Sozialleistung für den Personensorgeberechtigten.⁵¹⁶

Die Argumentation von vereinzelt Teilen der Rechtsprechung, auf der Suche nach einem am Wohl und an den Interessen der Minderjährigen orientierten Ergebnis die Wirksamkeit der Entscheidung der Personensorgeberechtigten, Hilfe zur Erziehung nicht (mehr) anzunehmen, infrage zu stellen,⁵¹⁷ erscheint nicht überzeugend.

Die Vereinbarkeit dieser rechtlichen Konstruktion mit der bestehenden Rechtslage ist problematisch. Kernpunkt der Argumentation ist die Aussage, dass die Rücknahme des Antrags oder der Verzicht auf Hilfe zur Erziehung durch die Personensorgeberechtigten als Willenserklärung den Nichtigkeitsvorschriften des BGB unterfalle und im vorliegenden Fall gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich und damit nichtig sei.⁵¹⁸ Allein durch diese Unwirksamkeit hätte jedoch bereits der bisherige Antrag, bzw. das bisherige Einverständnis der Personensorgeberechtigten weiterbestanden,

⁵¹³ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116, 117.

⁵¹⁴ Heute § 1688 Abs. 3 Satz 1 BGB.

⁵¹⁵ OVG NI, Beschluss vom 17. Oktober 2008 – 4 LA 193/06, FamRZ 2009, 1360.

⁵¹⁶ OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, ZfJ 2001, 467, 469; OVG NI, Beschluss vom 17. Oktober 2008 – 4 LA 193/06, FamRZ 2009, 1360; OVG SN, Beschluss vom 06. Dezember 2010 – 1 D 120/10; VG Aachen, Urteil vom 19. August 2014 – 2 K 644/12, juris Rz. 37; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 14; *Tammen/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 36.

⁵¹⁷ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116 ff.; VG Aachen, Beschluss vom 29. August 2000 – 2 K 2079/99, ZfJ 2001, 391 ff.

⁵¹⁸ OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116, 117.

sodass die Voraussetzungen für die Weitergewährung von Hilfe zur Erziehung gegeben gewesen wären. Das Gericht stützt sich hingegen auf den Wunsch der Pflegemutter auf Fortsetzung der Hilfe im Hinblick auf die Befugnisse der Pflegeperson nach § 38 SGB VIII a.F. Die entgegenstehende Erklärung der Personensorgeberechtigten, die nach § 38 Abs. 1 SGB VIII a.F.⁵¹⁹ grundsätzlich eine derartige Vertretung durch die Pflegeperson ausschließt, wird für nichtig und damit für unbeachtlich gehalten.

Selbst wenn man die Ablehnung weiterer Hilfe zur Erziehung durch die Personensorgeberechtigten für nichtig und damit unbeachtlich hielte, fehlte es trotzdem an einer Rechtsgrundlage für die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung durch die Pflegeperson.

Eine derartige Berechtigung ergibt sich zunächst nicht aus einer im Einzelfall vorliegenden Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB. Hiernach kann das Familiengericht von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson anordnen, dass das Kind bei der Pflegeperson verbleibt, wenn die Eltern das Kind von der Pflegeperson wegnehmen wollen und das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde. Die Verbleibensanordnung regelt im Ergebnis, dass die Personensorgeberechtigten keinen anderen Aufenthaltsort des Kindes bestimmen können als bei der Pflegeperson. Insofern liegt ein Eingriff in das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Personensorgeberechtigten vor. Weitere Rechte der Personensorgeberechtigten werden hierdurch nicht eingeschränkt, so auch nicht das Recht auf Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung.⁵²⁰ Die Verbleibensanordnung gibt der Pflegeperson lediglich das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verweigern, nicht jedoch die Berechtigung, das Jugendamt zur Gewährung bzw. zur Fortsetzung von Hilfe zur Erziehung zu verpflichten.⁵²¹

Auch aus der Befugnis nach § 1688 Abs. 1 Satz 1 BGB, den Inhaber der elterlichen Sorge in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten, lässt sich keine Berechtigung der Pflegeperson ableiten, Hilfe zur Erziehung in Anspruch zu nehmen. Bei der Frage, ob das Kind weiterhin im Rahmen der Hilfe zur Erziehung in der Pfl-

⁵¹⁹ Heute § 1688 Abs. 3 Satz 1 BGB.

⁵²⁰ BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232, 233; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 14.

⁵²¹ BVerwG, Beschluss vom 03. November 2006 – 5 B 40/06, juris Rz. 5; OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, ZfJ 2001, 467, 469; OVG SN, Urteil vom 02. Juli 2008 – 1 A 90/08, JAmt 2008, 540; OVG NI, Beschluss vom 17. Oktober 2008 – 4 LA 193/06, FamRZ 2009, 1360; VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297, 298; a.A.: DIJuF, JAmt 2001, 35, 36: Befugnis der Pflegeperson zur Drittanfechtung der Einstellung der Hilfe auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 GG, wenn das Kind mit der Pflegeperson bereits in der Pflegefamilie zusammengelebt hat.

gefamilie leben soll, handelt es sich nicht um eine Angelegenheit des täglichen Lebens, sondern um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung.⁵²² Eine Berechtigung der Pflegeperson setzt hier voraus, dass ihr das Familiengericht auf der Grundlage von § 1630 Abs. 3 BGB auf Antrag oder mit Zustimmung der Personensorgeberechtigten das Recht zur Geltendmachung von Hilfe zur Erziehung als Angelegenheit der elterlichen Sorge übertragen hat.⁵²³

Eine Berechtigung der Pflegeperson, Hilfe zur Erziehung auf der Grundlage von § 1688 Abs. 1 Satz 2 BGB (bzw. § 38 SGB VIII a.F.) in Anspruch zu nehmen, scheitert bereits daran, dass die Vorschrift die Pflegeperson ausdrücklich nur ermächtigt, Sozialleistungen für das Kind geltend zu machen.⁵²⁴ Die Pflegeperson ist insofern „Vertreter des Kindes in Vertretung des Personensorgeberechtigten“.⁵²⁵ Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung steht hingegen nicht dem Minderjährigen zu, sondern ausschließlich dem Personensorgeberechtigten.⁵²⁶ Den Aspekt der Anspruchsinhaberschaft lässt das Verwaltungsgericht Aachen außer Acht, wenn es ausführt: *„Nach Auffassung der Kammer ergibt sich aus dieser Vorschrift auch das Recht der Kläger, ... anstelle des personensorgeberechtigten Vaters Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB-VIII für dieses Kind zu beantragen. Insbesondere ist die Kammer der Auffassung, dass die Hilfe zur Erziehung eine ‚sonstige Sozialleistung‘ im Sinne des § 1688 Abs. 1 BGB ist. ... Weder der Wortlaut des § 27 SGB-VIII noch die im SGB-VIII niedergelegte Konzeption des Kinder- und Jugendhilferechts noch verfassungsrechtliche Gründe verbieten die Vertretung des Personensorgeberechtigten durch die Pflegeperson.“*⁵²⁷ Entgegen der Auffassung des Gerichts verbietet jedoch der Wortlaut von § 27 Abs. 1 SGB VIII die Vertretung des Personensorgeberechtigten durch die Pflegeperson auf der Grundlage von § 1688 Abs. 1 Satz 2 BGB, da er den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung den Personensorgeberechtigten zuweist.

Die Befürwortung der Befugnis der Pflegeperson unter Umgehung des entgegenstehenden Willens der Personensorgeberechtigten steht zudem im Widerspruch zur

⁵²² Vgl. 3.1.1.1.2.

⁵²³ DIJuF, JAmt 2013, 188.

⁵²⁴ VGH BW, Urteil vom 11. Mai 1994 – 7 S 2632/93, juris Rz. 22; OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, ZfJ 2001, 467, 469; OVG NI, Beschluss vom 17. Oktober 2008 – 4 LA 193/06, FamRZ 2009, 1360; OVG SN, Beschluss vom 06. Dezember 2010 – 1 D 120/10; VG Aachen, Urteil vom 19. August 2014 – 2 K 644/12, juris Rz. 37; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 14, § 38 Rz. 30; Tammen/Trenczek in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 38 Rz. 6; Veit in BeckOK BGB § 1688 Rz. 8.1; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 22; .a.A. ohne Begründung Groß, FPR 2004, 411, 415: „Zu den Sozialleistungen, die Pflegeeltern gem. § 1688 Absatz 1 2 Alt. 2 BGB geltend machen dürfen, gehört auch die Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege gem. § 33 SGB VIII.“

⁵²⁵ Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 38 Rz. 4.

⁵²⁶ S. 3.1.2.

⁵²⁷ VG Aachen, Beschluss vom 29. August 2000 – 2 K 2079/99, ZfJ 2001, 391.

gesetzlichen Systematik im Hinblick auf das Verhältnis von § 27 SGB VIII zu § 1666 BGB: In den Fällen des erzieherischen Bedarfs des Minderjährigen, der unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB liegt, bietet der Staat den Personensorgeberechtigten mit §§ 27 ff. SGB VIII ein Leistungsangebot, dessen Annahme auf Freiwilligkeit beruht. Dabei hat der Gesetzgeber erkannt und bewusst in Kauf genommen, dass eine Ablehnung der Hilfe durch die Personensorgeberechtigten den Interessen des Kindes widersprechen kann. Erst wenn die Schwelle der Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB überschritten ist, können Maßnahmen gegen den Willen der Sorgeberechtigten getroffen werden.⁵²⁸

Die Unterscheidung der beiden Sachverhalte ist auch verfahrensrechtlich relevant: Während bei (gewünschter) freiwilliger Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung durch die Sorgeberechtigten im Streitfall die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig ist, entscheidet über Eingriffe in das Erziehungsrecht der Eltern das Familiengericht (bis zum 30. Juni 1998 das Vormundschaftsgericht). Nur durch eine familiengerichtliche Entscheidung kann das Recht der Personensorgeberechtigten zur Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung auf einen Pfleger oder das gesamte Sorgerecht auf einen Vormund übertragen werden. Erst wenn dieser Hilfe zur Erziehung in Anspruch nehmen möchte und mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe hierüber im Streit ist, ist wieder der Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben.

Dieses System – einschließlich der Zuständigkeitsabgrenzung – wird mit der vorstehenden Argumentation unterlaufen. Mit der Entscheidung darüber, ob Erklärungen der Personensorgeberechtigten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung wirksam sind oder nicht, trifft faktisch das Verwaltungsgericht die Entscheidung über Eingriffe in das Erziehungsrecht der Personensorgeberechtigten, das Familiengericht wird umgangen. Damit entfallen auch die im Verfahren nach § 1666 BGB festgelegten Verfahrenserfordernisse der §§ 151 ff. FamFG, die dem Schutz der Rechte der Verfahrensbeteiligten dienen sollen – nicht zuletzt dem Schutz der Rechte der Eltern, um deren Eingriff es gerade geht. Dadurch, dass das Recht auf Hilfe zur Erziehung als Recht des Personensorgeberechtigten konzipiert ist, bedeutet ein Aufzwingen der Hilfe einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG und verlangt rechtsstaatlichen Schutz zugunsten der vom Eingriff bedrohten Personen.

⁵²⁸ S. 3.1.2.

Zwar lässt sich zur Begründung der im Ergebnis getroffenen Entscheidung gerade auch die Sicherung der vom Familiengericht getroffenen Verbleibensanordnung zugunsten der Pflegefamilie und der Schutz des laufenden Verfahrens zur Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die Pflegemutter anführen. Diese sollte nicht durch die Schaffung vollendeter Tatsachen unterlaufen werden. Dieser Schutz der bereits getroffenen oder noch zu erwartenden Entscheidungen kann aber nicht so weit gehen, dass möglicherweise zukünftig vom Familiengericht zu treffende Entscheidungen faktisch durch das Verwaltungsgericht vorweggenommen werden oder die Wirkung der verwaltungsgerichtlichen Regelung sogar über das hinausgeht, was vom Familiengericht – bzw. zur damaligen Rechtslage vom Vormundschaftsgericht – konkret zu erwarten ist. Dies ist hier der Fall: Durch die angenommene Unbeachtlichkeit des elterlichen Verzichts auf Hilfe zur Erziehung geht die Entscheidungsbefugnis über die Inanspruchnahme der Hilfe auf die Pflegemutter über. Eine so weitreichende Rechtsposition hätte diese mit der – zudem zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nur beantragten, also keinesfalls sicheren – Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gar nicht erhalten, da das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht das Recht zur Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung enthält.⁵²⁹ Indem die Rechtsprechung hier über das Ziel des laufenden vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens hinausgeht, ist unabhängig von Fragen der Zuständigkeit bereits hierdurch der bei Eingriffen in das Elternrecht zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt.⁵³⁰

Auch wenn die Ablehnung der weiteren Gewährung von Hilfe zur Erziehung rechtsmissbräuchlich sein mag, da sie die Pflegeeltern die wirtschaftliche Grundlage für die Betreuung des Pflegekindes entzieht,⁵³¹ so ist das Jugendamt nicht befugt, diesen Sorgerechtsmissbrauch selbst festzustellen und sich ohne eine entsprechende Entscheidung des Familiengerichts über die Ablehnung der Hilfe durch die Personensorgeberechtigten hinwegzusetzen.⁵³²

Der gesetzlich vorgegebene Weg in den vorliegenden Fallkonstellationen wäre der Versuch, durch eine Entscheidung des Familiengerichts – ggf. eine Eilentscheidung – den Eltern das Recht zu entziehen, über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung zu entscheiden, am Verfahren mitzuwirken und den Aufenthalt des Kindes zu

⁵²⁹ Vgl. 3.1.1.2.

⁵³⁰ Zustimmung zu der Entscheidung des OVG NI, Urteil vom 26. März 1997 – 4 L 7121/96, FEVS 48, 116, ff. dagegen die Anmerkung von *Hoffmann*, FamRZ 1998, 708 f.

⁵³¹ So *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 14: grundsätzlich rechtsmissbräuchlich.

⁵³² *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 14.

bestimmen, und diese Aufgabenkreise einem Pfleger – u.U. der Pflegemutter des Kindes – zu übertragen. Eine solche Entscheidung des Gerichts setzt allerdings voraus, dass durch den Verzicht auf Hilfe zur Erziehung das Wohl des Kindes gemäß § 1666 BGB gefährdet gewesen wäre.

Auch eine Sorgerechtsvollmacht der Personensorgeberechtigten kann keine Grundlage für die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung durch die Pflegeperson gegen den Willen der Personensorgeberechtigten sein. Ebenso wie bei der Bevollmächtigung des anderen personensorgeberechtigten Elternteils oder sonstigen Dritten gilt auch hier, dass in wesentlichen Angelegenheiten das auf den konkreten Einzelfall bezogene Einverständnis des bevollmächtigenden Elternteils mit der Entscheidung des Bevollmächtigten vorliegen muss.⁵³³

Eine Befugnis zur Geltendmachung von Hilfe zur Erziehung durch die Pflegeperson kommt nur in Betracht, wenn sie durch das Familiengericht zum Vormund des Kindes oder zum Pfleger für die maßgeblichen Aufgabenkreise bestellt ist, oder ihr nach § 1630 Abs. 3 BGB mit Zustimmung der Eltern die entsprechenden Angelegenheiten der elterlichen Sorge übertragen worden sind.⁵³⁴

Sofern für den Minderjährigen ein Vormund bestellt ist und dieser, obwohl erforderlich, unterlässt, Ansprüche auf Hilfe zur Erziehung geltend zu machen, kann die Pflegeperson bei dem Familiengericht eine Überprüfung des Falls im Rahmen der gerichtlichen Aufsichtspflicht nach § 1837 BGB anregen.⁵³⁵ Gleiches gilt nach § 1915 Abs. 1 BGB im Falle einer Pflegschaft mit dem betreffenden Aufgabenkreis. Das Gericht kann nach § 1837 Abs. 2 BGB im Rahmen seiner Aufsichtspflicht gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormunds durch Ge- und Verbote einschreiten. Der Vormund handelt pflichtwidrig, wenn er seiner Verpflichtung zu gewissenhafter Amtsführung in einer dem Wohl des Mündels nicht entsprechenden Weise nicht nachkommt.⁵³⁶ Dies ist gegeben, wenn er durch sein Verhalten wichtige persönliche oder wirtschaftliche Interessen des Mündels verletzt oder vernachlässigt.⁵³⁷ Dabei ist es nicht erforderlich, dass ein Schaden für den Minderjährigen bereits eingetreten ist oder unmittelbar droht. Es reicht aus, dass das Verhalten des Vormunds sein Wohl im Verlauf der wei-

⁵³³ S. 3.2.1.

⁵³⁴ Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 6.

⁵³⁵ VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297.

⁵³⁶ Bettin in BeckOK BGB § 1837 Rz. 6.

⁵³⁷ Rohde/Heitmann in Kaiser u.a. 2014 § 1837 Rz. 21; Wagenitz in MünchKomm BGB 2012 § 1837 Rz. 13.

teren Entwicklung beeinträchtigt. Hierbei muss die Eingriffsschwelle, die nach §§ 1666, 1666a BGB gegenüber sorgeberechtigten Eltern gilt, noch nicht erreicht sein.⁵³⁸ Eine Pflichtverletzung in diesem Sinne kann darin liegen, etwa eine erforderliche Hilfe zur Erziehung nicht in Anspruch zu nehmen. Interessen dritter Personen – etwa der der Pflegeperson – sind in diesem Zusammenhang jedoch vom Gericht nicht zu berücksichtigen.⁵³⁹ Als Maßnahmen des Gerichts kommen etwa Ermahnungen und Weisungen in Betracht.⁵⁴⁰ Nach § 1837 Abs. 3 BGB hat das Familiengericht die Möglichkeit, nötigenfalls die Befolgung der gerichtlichen Anordnungen durch Festsetzung von Zwangsgeld durchzusetzen. Dies gilt jedoch nicht gegenüber dem Jugendamt oder einem Verein, der die Vormundschaft oder Pflegschaft führt. Ist eine Gefährdung des Kindeswohls i.S.d. § 1666 Abs. 1 BGB gegeben und versäumt der Vormund, diese durch Annahme von Hilfe zur Erziehung abzuwenden, so kommen nach § 1837 Abs. 4 BGB auch Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB in Betracht. In diesem Fall könnte die Pflegeperson beantragen, dass dem Vormund oder Pfleger der Sorgerechtsbereich der Inanspruchnahme von Sozialleistungen entzogen und auf sie selbst übertragen wird.⁵⁴¹

3.2.4 Folgerungen für die Frage der Geltendmachung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung

Im Ergebnis muss eine Berechtigung dritter Personen, das den Personensorgeberechtigten zustehende Recht auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII geltend zu machen, verneint werden. Eine derartige Befugnis ist nur dann gegeben, wenn sie mittels einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung begründet worden ist. Dies kann durch eine Vollmacht etwa im Rahmen eines Pflegevertrags zwischen den Personensorgeberechtigten und der dritten Person erfolgen.⁵⁴² Auch hier ist das Einverständnis der Personensorgeberechtigten mit der Entscheidung des Bevollmächtigten im konkreten Einzelfall nötig. Das (u.U. unbefriedigende) Ergebnis, dass im Hinblick auf die Stellung der Personensorgeberechtigten als Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung den Interessen der Minderjährigen unterhalb der Gefährdungsschwelle des § 1666 BGB nicht immer hinreichend Rechnung getragen wird, wäre nur durch eine die Anspruchsberechtigung ausweitende Entscheidung des Gesetzgebers zu beheben.

⁵³⁸ *Wagenitz* in MünchKomm BGB 2012 § 1837 Rz. 14 f.

⁵³⁹ *Bettin* in BeckOK BGB § 1837 Rz. 6; *Wagenitz* in MünchKomm BGB 2012 § 1837 Rz. 12.

⁵⁴⁰ *Rohde/Heitmann* in Kaiser u.a. 2014 § 1837 Rz. 26.

⁵⁴¹ VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297.

⁵⁴² OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, JAmt 2001, 426, 427; vgl. 3.2.1.

3.3 Die begleitenden Leistungen der wirtschaftlichen Hilfe und der Krankenhilfe in den §§ 39 und 40 SGB VIII

Die Frage der Anspruchsinhaberschaft und der Befugnis, den Anspruch geltend zu machen, stellt sich nicht nur hinsichtlich der sozialpädagogischen Leistung der Hilfe zur Erziehung selbst, sondern daneben auch hinsichtlich der begleitenden Ansprüche auf wirtschaftliche Hilfe nach § 39 SGB VIII und auf Krankenhilfe nach § 40 SGB VIII.

3.3.1 Der begleitende Anspruch auf Leistungen zum Unterhalt (§ 39 SGB VIII)

Nach § 39 Abs. 1 SGB VIII ist bei der Gewährung von Hilfe zur Erziehung nach den §§ 32 bis 35 SGB VIII auch der notwendige Unterhalt des Kindes oder des Jugendlichen außerhalb des Elternhauses sicherzustellen.

Es ist umstritten, wem dieser Rechtsanspruch zusteht. Vertreten werden diesbezüglich drei Positionen: Als Anspruchsinhaber werden grundsätzlich die Personensorgeberechtigten,⁵⁴³ der Minderjährige⁵⁴⁴ oder die Pflegeperson⁵⁴⁵ betrachtet. Teilweise wird zwischen unterschiedlichen Komponenten der Leistung nach § 39 SGB VIII differenziert.

Die Auffassung, die den Rechtsanspruch nach § 39 SGB VIII den Personensorgeberechtigten zuweist, stützt ihre Argumentation darauf, dass es sich bei den Leistungen zum Unterhalt des Minderjährigen um einen unselbstständigen Annexanspruch zum Recht auf Hilfe zur Erziehung handele und der Anspruchsinhaber demzufolge identisch sein müsse,⁵⁴⁶ da der Gesetzgeber keine anderweitige ausdrückliche Zuwei-

⁵⁴³ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831; Urteil vom 04. September 1997 – 5 C 11/96, FEVS 48, 289; OVG NI, Beschluss vom 28. Februar 2011 – 4 LC 280/09, EuG 2013, 15; VGH BY, Beschluss vom 12. September 2011 – 12 ZB 11.1517, JAMt 2012, 274; OVG NW, Beschluss vom 19. März 2012 – 12 A 1821/11, EuG 2012, 491; OVG NI, Beschluss vom 12. Mai 2014 – 4 LA 136/13, EuG 2014, 467; Beschluss vom 22. Juli 2014 – 4 LC 59/12, FamRZ 2015, 367; OVG SH, Urteil vom 28. Mai 2015 – 3 LB 9/14, FamRZ 2015, 2198; *Degener* in Jans u.a. § 39 Rz. 5, 8; *Stähr* in Hauck/Noftz § 39 Rz. 20d; *Kunkel* in LPK-SGB VIII 2016 § 39 Rz. 9; *Tammen* in Mündel u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 5.

⁵⁴⁴ VGH BW, Urteil vom 18. Februar 1993 – 7 S 2019/92, ESUGH 43, 164; Urteil vom 11. Mai 1994 – 7 S 2632/93, juris Rz. 21; VGH HE, Beschluss vom 12. Dezember 2000, 1 TG 3694/00, NDV-RD 2002, 73, 74; LG Karlsruhe, Urteil vom 30. Dezember 2004 – 2 O 23/04, JAMt 2005, 418, 419 f.; *Coester*, FamRZ 1991, 253, 256; *DIJuF*, JAMt 2001, 35, 36; *ders.*, JAMt 2003, 581; *ders.*, JAMt 2004, 184 f.; *Fieseler/Busch*, FPR 2004, 448, 450.

⁵⁴⁵ OVG NI, Urteil vom 10. März 1999 – 4 L 2667/98, FEVS 51, 80, 81.

⁵⁴⁶ VGH BY, Urteil vom 05. April 2001 – 12 B 96.2358, FEVS 52, 565; OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, JAMt 2001, 426, 427; OVG NI, Beschluss vom 05. Februar 2015 – 4 LA 188/14, ZKJ 2015, 435; *Fischer* in Schellhorn u.a. § 39 Rz. 10; *Mrozynski* SGB VIII 2009 § 39 Rz. 10; *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 5; *Kunkel* in LPK-SGB VIII 2016 § 39 Rz. 9; *Degener* in Jans u.a. § 39 Rz. 8; *Tammen* in Mündel u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 5; *Röchling*, Jugendhilfe 1999, 335, 336.

sung getroffen habe.⁵⁴⁷ Demgegenüber stellt die Ansicht, nach der es sich um einen Rechtsanspruch des Minderjährigen handelt, darauf ab, dass § 39 SGB VIII Leistungen zum Unterhalt eben des Kindes oder des Jugendlichen gewährt.⁵⁴⁸ Die Leistung habe Unterhaltscharakter und sei nicht als Betrag zur Vergütung von Pflegeleistungen zu verstehen.⁵⁴⁹ Aus der staatlichen Verpflichtung zur Sicherstellung des Unterhalts folge ein Rechtsanspruch der unterhaltsberechtigten Person.⁵⁵⁰ Die Leistung nach § 39 SGB VIII beruhe zwar auf der Erbringung von Erziehungshilfe, sei jedoch mit dieser nicht identisch. Sie habe in gleicher Weise wie der zivilrechtliche Unterhaltsanspruch des Kindes dessen eigenen Rechtskreis zum Inhalt.⁵⁵¹ Da es sich nicht um eine Erziehungsleistung handele, die die Erziehungsverantwortung der Eltern tangieren könne, sei die Zuordnung zum Kind oder dem Jugendlichen auch verfassungsrechtlich unbedenklich.⁵⁵² Die Norm verpflichte zur Sicherstellung des Unterhalts des Minderjährigen, dieser sei damit leistungsberechtigt und insofern Träger des Rechtsanspruchs nach § 39 SGB VIII.⁵⁵³ Die Auffassung schließlich, nach der es sich insgesamt um einen Anspruch der Pflegeperson handelt, setzt dies ohne Begründung voraus.⁵⁵⁴ Eine einschränkende Auffassung, nach der ausschließlich der Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen für die Unfallversicherung und die Alterssicherung der Pflegeperson selbst zusteht, argumentiert mit dem Charakter als Erstattungsleistung, die sich auf Aufwendungen bezieht, die von der Pflegeperson getätigt werden.⁵⁵⁵

3.3.1.1 Minderjährige als Anspruchsberechtigte?

Ein Leistungsberechtigter wird in § 39 Abs. 1 SGB VIII nicht ausdrücklich benannt. Angesichts des Wortlauts könnte der Anspruch den Minderjährigen zustehen, da gemäß § 39 Abs. 1 SGB VIII „*der notwendige Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen*“ sicherzustellen ist. Die Leistung soll also den Minderjährigen begünstigen.

⁵⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831; OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, JAmt 2001, 426, 427.

⁵⁴⁸ VGH BW, Urteil vom 18. Februar 1993 – 7 S 2019/92, ESVGH 43, 164; VGH HE, Beschluss vom 12. Dezember 2000 – B 1 TG 3964/00, ZfJ 2002, 71; Fieseler/Busch in GK-SGB VIII § 39 Rz. 13.

⁵⁴⁹ DIJuF, JAmt 2001, 35, 36.

⁵⁵⁰ So noch Wiesner in Wiesner SGB VIII 2011 § 39 Rz. 16.

⁵⁵¹ VGH BW, Urteil vom 18. Februar 1993 – 7 S 2019/92, ESVGH 43, 164, 166; Fieseler/Busch, FPR 2004, 448, 450: „Unterhaltsanspruch, der seiner Natur nach dem Pflegekind selbst zusteht“.

⁵⁵² So noch Wiesner in Wiesner 2011 § 39 Rz. 16.

⁵⁵³ VGH BW, Urteil vom 18. Februar 1993 – 7 S 2019/92, ESVGH 43, 164; i.E. LG Karlsruhe, Urteil vom 30. Dezember 2004 – 2 O 23/04, JAmt 2005, 418 f.; Fieseler/Busch in GK-SGB VIII § 39 Rz. 13; so noch Wiesner in Wiesner 2011 § 39 Rz. 16; Coester, FamRZ 1991, 253, 256; DIJuF, JAmt 2004, 184 f.

⁵⁵⁴ OVG NI, Urteil vom 10. März 1999 – 4 L 2667/98, FEVS 51, 80, 81.

⁵⁵⁵ VG Köln, Urteil vom 20. Dezember 2007 – 26 K 4302/06, JAmt 2008, 379, 380.

Diese Auslegung erweist sich jedoch im Hinblick auf die Systematik der §§ 27 ff. SGB VIII nicht als schlüssig. Bei der Leistung nach § 39 SGB VIII handelt es sich nicht um eine selbstständige Aufgabe der Jugendhilfe,⁵⁵⁶ sondern um eine wirtschaftliche Hilfe, die den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung in den genannten Fällen der Unterbringung des Minderjährigen außerhalb des Elternhauses begleitet.⁵⁵⁷ Die Regelung folgt der bereits seit Langem bestehenden Praxis,⁵⁵⁸ insbesondere bei der Kostensatz- bzw. Entgeltgestaltung in Heimen, keine Aufteilung zwischen pädagogischen bzw. therapeutischen Leistungen einerseits und Leistungen zur Sicherstellung des Lebensunterhalts andererseits vorzunehmen.⁵⁵⁹ Es soll damit vermieden werden, dass der junge Mensch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt im Rahmen der Sozialhilfe nach dem SGB XII oder der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II angewiesen ist, um seinen Lebensunterhalt zu erlangen.⁵⁶⁰ Während der gesamten Zeit des Bezuges von Unterhaltsleistungen nach § 39 SGB VIII muss Hilfe zur Erziehung bzw. Eingliederungshilfe gemäß § 35a oder Hilfe für junge Volljährige gemäß § 41 SGB VIII vorliegen. Für die Hilfe zur Erziehung setzt dies voraus, dass die von der Pflegeperson *„betriebene Erziehung und die davon abhängige leibliche, geistige und seelische Entwicklung des Kindes von seiten der Behörde unter Kontrolle zu halten sind“*,⁵⁶¹ das Jugendamt also die Möglichkeit hat, sich über den Erziehungsprozess zu informieren und ggf. aktiv zu werden.⁵⁶²

Aus dieser Abhängigkeit der wirtschaftlichen Hilfe vom Vorliegen einer sozialpädagogischen Hilfe ergibt sich, dass es sich bei dem Anspruch nach § 39 Abs. 1 SGB VIII um einen reinen Annexanspruch⁵⁶³ zum Anspruch auf Hilfe zur Erziehung gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII handelt.⁵⁶⁴ Zwar kommen auch Kinder als Anspruchsinhaber nach dem SGB VIII infrage. Da die Anspruchsinhaberschaft jedoch nicht ausdrücklich geregelt ist, ist davon auszugehen, dass Leistungen, die die Hilfe zur Erziehung ergänzen sollen, wie etwa die Leistungen zum Unterhalt des Kindes,

⁵⁵⁶ Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 39 Rz. 3.

⁵⁵⁷ Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 41.

⁵⁵⁸ Unter Geltung des JWVG erfolgte demgegenüber die Aufspaltung der Hilfe in Dienstleistung, Kosten der Erziehung und wirtschaftliche Jugendhilfe, dazu Münder, RsDE 5, 1, 9.

⁵⁵⁹ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 1.

⁵⁶⁰ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 2.

⁵⁶¹ So schon zur insoweit vergleichbaren Rechtslage nach § 6 Abs. 2 JWVG BVerwG, Urteil vom 27. November 1986 – 5 C 26/85, NDV 1987, 207, 208.

⁵⁶² Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 42.

⁵⁶³ Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 39 Rz. 3: „Leistungsannex“.

⁵⁶⁴ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks 11/5948, 75 zu § 38 Abs. 1; BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1995 – 5 C 2/94, BVerwGE 100, 178, 183: Bestandteil der Hilfe zur Erziehung; Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831; Urteil vom 4. September 1997 – 5 C 11.96, FamRZ 1998, 551; Tammen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 1; Münder/Trenczek 2015, 195; kritisch: Fieseler/Busch, FPR 2004, 450, 451.

ebenfalls den Personensorgeberechtigten und nicht dem Minderjährigen als dem auf Unterhalt angewiesenen zustehen.⁵⁶⁵ Der unselbstständige Begleitanspruch kann mangels anderweitiger Zuweisung nur den Inhabern des Hauptanspruchs zustehen und damit den Personensorgeberechtigten.⁵⁶⁶

Diese Auslegung steht auch nicht im Widerspruch zum Wortlaut des § 39 Abs. 1 SGB VIII, wonach „*der notwendige Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen ... sicherzustellen*“ ist. Vergleichbare Formulierungen finden sich ebenfalls in den Beschreibungen der in den §§ 28 bis 35 SGB VIII angeführten Hilfearten. Nahezu jede Beschreibung der einzelnen Hilfearten in den §§ 28 bis 35 SGB VIII enthält die Formulierung, dass Kinder oder Jugendliche gefördert oder unterstützt werden sollen. So kann etwa gemäß § 27 i.V.m. § 33 SGB VIII Anspruch darauf bestehen, dass der Minderjährige in einer anderen Familie untergebracht wird. Die Formulierung des § 33 SGB VIII, „*Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege soll ... Kindern und Jugendlichen in einer anderen Familie eine zeitlich befristete Erziehungshilfe oder eine auf Dauer angelegte Lebensform bieten*“, lässt nicht den Minderjährigen anstelle der Personensorgeberechtigten zum Anspruchsinhaber werden, sondern beschreibt lediglich den Inhalt der Hilfe. Rechtsinhaber bleibt gemäß der Anspruchsgrundlage des § 27 Abs. 1 SGB VIII der Personensorgeberechtigte.

§ 39 beschreibt ebenso wie §§ 28 bis 35 SGB VIII den Anspruchsinhalt und bestimmt nicht den Anspruchsinhaber. Ebenso wie der Personensorgeberechtigte etwa nach § 27 Abs. 1 i.V.m. § 33 SGB VIII einen Anspruch darauf hat, dass der Minderjährige in einer Pflegefamilie untergebracht wird, obgleich dies der Entwicklung des Kindes bzw. des Jugendlichen und nicht in erster Linie der Förderung der Eltern dient, so hat er nach §§ 27 Abs. 1 i.V.m. 33, 39 SGB VIII einen Anspruch darauf, dass dort auch der notwendige Unterhalt des Kindes oder des Jugendlichen sichergestellt wird. Wie bei dem Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII, so sind auch bei der begleitenden wirtschaftlichen Hilfe Anspruchsinhaber und Nutznießer nicht identisch.

⁵⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831.

⁵⁶⁶ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831; OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, JAm 2001, 426, 427; *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 5; *Kunkel* in LPK-SGB VIII 2016 § 39 Rz. 9; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 16; *Tammen* in Münd. u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 5; *Mrozyński* SGB VIII 2009 § 39 Rz. 10; *Happ*, NJW 1998, 2409, 2410.

Eine abweichende Beurteilung könnte sich jedoch hinsichtlich des im Rahmen der Leistungen zum Unterhalt des Minderjährigen zu gewährenden persönlichen Barbetrags ergeben. Gemäß § 39 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII umfassen die zur Deckung des regelmäßig wiederkehrenden Bedarfs zu gewährenden laufenden Leistungen mit Ausnahme der Fälle von Hilfe in Form von Erziehung in einer Tagesgruppe nach § 32 SGB VIII auch einen angemessenen Barbetrag zur persönlichen Verfügung des Kindes oder des Jugendlichen. Dieser Barbetrag – also das Taschengeld – ist ausdrücklich zur persönlichen Verfügung des Minderjährigen vorgesehen. Der Minderjährige soll über Geld verfügen können, um individuelle Bedürfnisse befriedigen zu können und soll den Umgang mit Geld – gerade mit nur begrenzt zur Verfügung stehenden Geldmitteln⁵⁶⁷ – erlernen.⁵⁶⁸ Der Barbetrag wird also in Abgrenzung von den Sachaufwendungen und den allgemeinen Kosten für die Pflege und Erziehung des Kindes oder Jugendlichen für einen von diesen Positionen abweichenden konkreten Zweck gewährt. In den Fällen der Hilfen nach §§ 34 und 35 SGB VIII wird die Höhe gemäß § 39 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII von der nach Landesrecht zuständigen Behörde festgesetzt. Der Gesetzgeber überlässt die Höhe also nicht den pädagogischen Fachkräften, sondern verlangt zur Bemessung eine hoheitliche Regelung. Auch dies spricht für die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Recht des Minderjährigen auf Taschengeld in einer bestimmten Höhe zumisst. Es ergibt sich aus der Regelung des § 39 Abs. 2 Satz 2 und 3 SGB VIII, dass Minderjährige unabhängig von ihrem Alter Anspruch auf Taschengeld haben.⁵⁶⁹ Zwar erfolgt eine behördliche Festlegung der Höhe des Barbetrags bei der Hilfe in Vollzeitpflege nicht, sondern die Pflegeperson kann die Höhe im Rahmen ihrer pädagogischen Verantwortung bestimmen.⁵⁷⁰ Dies ergibt sich jedoch aus der unterschiedlichen Konstellation in einer Pflegefamilie, in der u.U. auch Kinder der Pflegeperson vorhanden sind und eine abweichende Bemessung des Taschengelds für das Pflegekind nicht sinnvoll wäre.⁵⁷¹ Auch bei der Vollzeitpflege ist es angebracht, den Betrag gegenüber der Pflegeperson extra auszuweisen, etwa im Pflege- und Betreuungsvertrag.⁵⁷²

Hier ergibt sich im Ergebnis eine abweichende Beurteilung hinsichtlich des Anspruchsinhabers: Da dieser Barbetrag vom Gesetz ausdrücklich zur persönlichen

⁵⁶⁷ Begründung zum Regierungsentwurf des KJHG, BT-Drucks 11/5948, 75 zu § 38 Abs. 2.

⁵⁶⁸ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 11; Tammen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 5; Fieseler/Busch, FPR 2004, 448, 452.

⁵⁶⁹ BAG LJÄ 1994, 2: „eindeutig festgelegt“.

⁵⁷⁰ Kador in Jung SGB VIII 2008 § 39 Rz. 11.

⁵⁷¹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 24: „Dabei wird es sinnvoll sein, die Beträge für das Pflegekind an den Beträgen für die eigenen Kinder zu orientieren.“

⁵⁷² Tammen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 14.

Verfügung des Minderjährigen gestellt wird, sind die Minderjährigen diesbezüglich selbst unmittelbar als Rechtsinhaber zu betrachten.⁵⁷³

Der Anspruch auf den angemessenen Barbetrag als eigenes Recht des Minderjährigen kann gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB I ab Vollendung des 15. Lebensjahrs von Jugendlichen eigenständig geltend gemacht werden, sofern der Personensorgeberechtigte das diesbezügliche Recht des Minderjährigen nicht nach § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB I durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger eingeschränkt hat. Vor Vollendung des 15. Lebensjahrs ist der Anspruch vom gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen geltend zu machen. Da es sich hier um einen Anspruch des Minderjährigen selbst handelt, kommt eine Geltendmachung auch durch die Pflege- bzw. Betreuungsperson gemäß § 1688 Abs. 1 Satz 2 BGB infrage, sofern der Inhaber der elterlichen Sorge eine derartige Befugnis nicht nach § 1688 Abs. 3 BGB in zulässiger Weise beschränkt hat.

3.3.1.2 Pflegepersonen als Anspruchsberechtigte?

Fraglich ist, ob auch eine – teilweise – Rechtsinhaberschaft der Pflegeperson des Minderjährigen in Bezug auf die Leistungen nach § 39 SGB VIII in Betracht kommt. Die Pflegeperson kommt jedenfalls nicht als Anspruchsinhaber für sämtliche Leistungen nach § 39 SGB VIII in Betracht. Einer generellen Anspruchsberechtigung der Pflegeperson selbst steht bereits entgegen, dass sich im Wortlaut der maßgeblichen Normen (§§ 27, 33, 39 SGB VIII) für eine derartige Zuordnung keine Anhaltspunkte finden.⁵⁷⁴ § 39 SGB VIII regelt Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder des Jugendlichen. Nach § 39 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII sind die laufenden Leistungen im Rahmen der Hilfe in Vollzeitpflege oder bei einer geeigneten Pflegeperson nach den Absätzen 4 bis 6 zu bemessen. Es ist nicht die Rede von Leistungen *an* die Pflegeperson.

Hier könnte unter Umständen von einer unabsichtlich ungenauen Formulierung der Norm durch den Gesetzgeber oder von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden. Dazu bietet sich ein Vergleich mit der Rechtslage zur Kindertagespflege nach § 23 SGB VIII an. Bis zum Inkrafttreten des Tagesbetreuungsausbaugesetzes (TAG)⁵⁷⁵ am 01. Januar 2005 sollten nach § 23 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz SGB VIII a.F. im

⁵⁷³ Kador in Jung SGB VIII 2008 § 39 Rz. 3; Tammen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 5; Späth, UJ 1993, 460; Münder/Trenczek 2015, 196; a.A. Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 5, 11a; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 16.

⁵⁷⁴ OVG NW, Urteil vom 25. April 2001 – 12 A 924/99, JAmt 2001, 426, 427.

⁵⁷⁵ Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder (Tagesbetreuungsausbaugesetz – TAG) vom 27. Dezember 2004, BGBl. I, 3852.

Falle der Vermittlung einer Pflegeperson durch das Jugendamt dieser Pflegeperson die entstehenden Aufwendungen einschließlich der Kosten der Erziehung ersetzt werden.⁵⁷⁶ Mit dem TAG wurden Struktur und Wortlaut der Norm verändert. Nun hieß es in § 23 Abs. 1 SGB VIII a.F.: *„Die Förderung in Kindertagespflege nach Maßgabe von § 24 umfasst die Vermittlung des Kindes zu einer geeigneten Tagespflegeperson, soweit diese nicht von der erziehungsberechtigten Person nachgewiesen wird, deren fachliche Beratung, Begleitung und weitere Qualifizierung sowie die Gewährung einer laufenden Geldleistung.“* Der Empfänger der laufenden Geldleistung wurde auch im Weiteren nicht benannt. In der Folge kam es zu Unklarheiten zur Frage der Anspruchsberechtigung. Die Rechtsprechung folgte aus der veränderten Fassung, dass in der Regelung – abgesehen vom ausdrücklich verankerten Anspruch der Erziehungsberechtigten und Tagespflegepersonen auf Beratung in allen Fragen der Kindertagespflege – gar keine Ansprüche mehr normiert seien.⁵⁷⁷ Der Gesetzgeber habe durch die Änderung der Vorschrift durch das TAG zum Ausdruck gebracht, dass er in Bezug auf die Vermittlung, die Feststellung und den Aufwendungsersatz keine subjektiven Rechte mehr statuieren wolle.⁵⁷⁸ Ein bundesrechtlicher Anspruch auf die Gewährung einer Geldleistung für Tagespflege wurde somit verneint.⁵⁷⁹ Mit dem Kinderförderungsgesetz (KiföG)⁵⁸⁰ wurde zum 16. Dezember 2008 der letzte Satzteil ergänzt, sodass er seither lautet *„... sowie die Gewährung einer laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson“*. Laut der Begründung des Gesetzentwurfs sollte hiermit klargestellt werden, dass der Anspruch auf das Tagespflegegeld der Tagespflegeperson zusteht.⁵⁸¹ Hier hat der Gesetzgeber somit auf Schwierigkeiten reagiert, die in der Praxis durch eine ungenaue Formulierung im Gesetz entstanden waren.⁵⁸² Angesichts der zahlreichen Rechtsstreitigkeiten über die Frage der Anspruchsberechtigung bei § 39 SGB VIII ist davon auszugehen, dass er auch hier eine klarstellende Gesetzesänderung vorgenommen hätte, wenn er der Pflegeperson Ansprüche hätte zuerkennen wollen.⁵⁸³ Von einer unbeabsichtigten Regelungslücke kann daher nicht ausgegangen werden. Die Anerkennung eines eigenen Anspruchs

⁵⁷⁶ *„Wird eine geeignete Tagespflegeperson vermittelt und ist die Förderung des Kindes in Tagespflege für sein Wohl geeignet und erforderlich, so sollen dieser Person die entstehenden Aufwendungen einschließlich der Kosten der Erziehung ersetzt werden.“*

⁵⁷⁷ OVG SH, Urteil vom 16. August 2006 – 2 LB 46/05, juris Rz. 50 ff.

⁵⁷⁸ OVG SH, Urteil vom 16. August 2006 – 2 LB 46/05, juris Rz. 52.

⁵⁷⁹ VG SH, Urteil vom 15. Juni 2005 – 15 A 468/04, juris.

⁵⁸⁰ Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG) vom 10. Dezember 2008, BGBl. I, 2403.

⁵⁸¹ BT-Drucks. 16/9299, 14 zu § 23 Abs. 1.

⁵⁸² BMFSFJ 2009, 5.

⁵⁸³ OVG NW, Urteil vom 13. September 2006 – 12 A 3888/05, juris Rz. 39 ff.; VG Augsburg, Urteil vom 02. August 2011 – Au 3 K 11.492, juris Rz. 25.

der Pflegeperson auf die Leistung nach § 39 SGB VIII lässt sich aus den Regelungen des SGB VIII jedenfalls nicht begründen.⁵⁸⁴

Faktisch werden die Kosten des notwendigen Unterhalts zwar oft vom Jugendamt direkt an die betreffende Einrichtung oder Pflegeperson gezahlt. Teilweise wird in diesem Zusammenhang auch ungenau von einem Anspruch der Pflegeperson gesprochen.⁵⁸⁵ Rechtlich hat die Leistung der Hilfe nach § 39 SGB VIII an die Pflegeperson aber ihren Grund darin, dass die Personensorgeberechtigten bzw. die Minderjährigen selbst ihrerseits verpflichtet sind, (regelmäßig aufgrund – stillschweigender – vertraglicher Vereinbarung), den betreffenden Einrichtungen oder Pflegepersonen die Kosten des notwendigen Unterhalts zu erbringen.⁵⁸⁶ Die unmittelbare Leistung an die Pflegeperson erweist sich aus diesem Grund als praktikabler als der „Umweg“ über die Personensorgeberechtigten, die die Unterhaltsleistungen dann wiederum an die Pflegeperson weiterreichen. Insofern treten die nach § 39 SGB VIII berechtigten Personen ihren Anspruch auf Leistungen nach § 39 SGB VIII zumeist – in der Regel im Pflegevertrag – an die Pflegeperson ab.⁵⁸⁷ Die Abtretung führt zu einem vollständigen Anspruchsübergang auf die Pflegeeltern. Da es um die Übertragung eines öffentlich-rechtlich begründeten Anspruchs geht, bedarf es dazu nach § 56 SGB X der Schriftform mit Unterschriften durch beide Parteien.⁵⁸⁸

Unter Umständen kommt jedoch die Pflegeperson als Anspruchsberechtigte für Teile der Leistungen nach § 39 SGB VIII infrage. Dies betrifft die in § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII genannten Kosten der Erziehung und die in Absatz 4 Satz 2 genannten Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung und zur Alterssicherung der Pflegeperson.

Nach § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII umfasst der notwendige Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen die Kosten für den Sachaufwand sowie für die Pflege und Erziehung des Kindes oder Jugendlichen. Vor Inkrafttreten des Kinderförderungsgesetzes (KiFöG) zum 01. Januar 2009 war in Absatz 1 Satz 2 nur die Regelung enthalten,

⁵⁸⁴ VG Augsburg, Urteil vom 02. August 2011 – Au 3 K 11.492, juris Rz. 25; VG Cottbus, Urteil vom 17. Juni 2016 – 1 K 101/14, juris Rz. 23.

⁵⁸⁵ OVG NI, Urteil vom 28. Juli 1993, – 4 L 4683/92, FEVS 45, 19, das den Anspruch auf Nachhilfestunden den Pflegeeltern des betreffenden Schülers zuspricht.

⁵⁸⁶ Tammen in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 6.

⁵⁸⁷ VG Cottbus, Urteil vom 17. Juni 2016 – 1 K 101/14, juris Rz. 24; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 16; Mündler in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor Kapitel 5 Rz. 10; LVR 2005, 9 f.; DIJuF, JAmt 2013, 188, 189.

⁵⁸⁸ DIJuF, JAmt 2013, 188, 189; mit dieser Begründung jedenfalls empfohlen z.B. durch Mündler in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor Kapitel 5 Rz. 10 und LVR 2005, 9.

dass der Unterhalt auch die Kosten der Erziehung umfasste. Begrifflich lehnte sich die Formulierung an die Regelung des § 1610 Abs. 2 BGB an,⁵⁸⁹ der das Maß des familienrechtlich zu leistenden Unterhalts bestimmt. Danach umfasst der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung. Mit dem KiFöG wurde die erweiterte Formulierung „für die Pflege und Erziehung“ aus Klarstellungsgründen in § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII aufgenommen, da der Begriff „Kosten der Erziehung“ im zivilrechtlichen Unterhaltsrecht mit einer anderen inhaltlichen Bedeutung belegt war, als dies der Intention des § 39 SGB VIII entsprach.⁵⁹⁰ Damit wird nun ein eigenständiger Begriff des notwendigen Lebensunterhalts verwendet,⁵⁹¹ der sich aus den Bestandteilen „Sachaufwand“ und „Kosten für die Pflege und Erziehung“ zusammensetzt.⁵⁹² Bei einer Fremdunterbringung werden Minderjährige von Personen betreut und erzogen, die hierzu gesetzlich nicht verpflichtet sind und deren Leistung somit zu vergüten ist.⁵⁹³ Die Kosten für die Pflege und Erziehung bezeichnen die Vergütung der entsprechenden Leistung der Pflegeperson bzw. der pädagogischen Fachkräfte im Heim oder von anderem pädagogisch geschulten Personal.⁵⁹⁴ Nicht davon umfasst sind hingegen Kosten für den erzieherischen Sachaufwand, etwa für Spielzeug oder Bücher des Kindes.⁵⁹⁵

Obwohl die Kosten für Pflege und Erziehung des Kindes sich somit als Vergütung der Pflegeperson verstehen, ist dieser kein Anspruch auf Leistung dieser Vergütung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe zugewiesen. Indem dieser Kostenanteil in § 39 Abs. 1 SGB VIII als Bestandteil des notwendigen Unterhalts des Kindes oder Jugendlichen benannt wird, weist der Gesetzgeber auch diesen Bestandteil dem Unterhalt des Minderjährigen und damit dem Rechtsanspruch der Personensorgeberechtigten zu. Die Personensorgeberechtigten haben damit Anspruch auf die finanziellen Mittel, die erforderlich sind, um die erzieherischen Leistungen der Erziehungs- bzw. Pflegeperson zu entgelten.⁵⁹⁶

Dies gilt konsequentermaßen auch für Erziehungs- oder Sonderpflegebeiträge, die im Rahmen von § 39 Abs. 4 Satz 3 SGB VIII in Abweichung von den Pauschalbeträgen für die Betreuung besonders entwicklungsbeeinträchtigter Kinder erbracht

⁵⁸⁹ DIJuF 2007, 8.

⁵⁹⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drucks. 16/9299, 16.

⁵⁹¹ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 9; Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 39 Rz. 7.

⁵⁹² Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 12.

⁵⁹³ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 39 Rz. 14; Tammen in Mündel u.a. FK-SGB VIII 2013 § 39 Rz. 8.

⁵⁹⁴ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drucks. 16/9299, 16.

⁵⁹⁵ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 14.

⁵⁹⁶ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII 2015 § 39 Rz. 14.

werden.⁵⁹⁷ Allerdings kann der öffentliche Träger der Jugendhilfe im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung weitere Leistungen als sog. Freiwillige Leistungen gewähren und Ansprüche begründen, die nach dem SGB VIII nicht vorgesehen sind, sofern er dabei nicht gegen andere Gesetzesvorschriften verstößt. Hiermit kann er der Pflegeperson etwa im Rahmen von Pflegegeldrichtlinien eigenständige Ansprüche einräumen. So kann er einen Zuschlag zum Pflegegeld gewähren, mit dem die Bereitschaft von Pflegepersonen besonders honoriert und ein erhöhter Aufwand zumindest teilweise abgedeckt werden soll.⁵⁹⁸ Zudem kommen finanzielle Leistungen für die Pflegeperson auf der Grundlage von § 37 Abs. 2 SGB VIII in Betracht, der der Pflegeperson einen Anspruch auf Beratung und Unterstützung gewährt. Im Rahmen dieser Unterstützung können etwa Leistungen zur Entlastung der Pflegeperson erbracht werden, um Erholungsphasen zu sichern oder zu ermöglichen, dass die Pflegeeltern ohne das betreute Kind gemeinsam Wochenenden oder Ferien verbringen.⁵⁹⁹

Nach § 39 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII umfassen die laufenden Leistungen auch die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung sowie die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung der Pflegeperson.

Eine ausdrückliche Zuweisung dieser Ansprüche erfolgt im Rahmen des § 39 SGB VIII nicht. Ganz überwiegend werden auch diese Ansprüche – soweit sie überhaupt differenziert von den sonstigen Leistungsbestandteilen des § 39 SGB VIII betrachtet werden – den Personensorgeberechtigten zugewiesen.⁶⁰⁰ Das Verwaltungsgericht Köln hingegen betrachtet diese Positionen als Ansprüche der Pflegeperson.⁶⁰¹ Das Gericht leitet die Anspruchsinhaberschaft der Pflegeperson aus dem Charakter dieser Leistung als Erstattungsleistung ab, die nur bei Nachweis entsprechender Aufwendungen der Pflegeperson gewährt werden könne. Nur die Pflegeperson könne die entsprechenden Versicherungsverträge im eigenen Namen abschließen und ihr entstünden in eigener Person die Aufwendungen, die durch den Leistungsträger erstattet werden sollen. Anspruchsinhaber könne insoweit sinnvollerweise nur die Pflegeperson sein.⁶⁰²

⁵⁹⁷ VG Ansbach, Urteil vom 19. Mai 2011 – AN 14 K 10.01880, juris Rz. 20.

⁵⁹⁸ VG Ansbach, Urteil vom 09. Oktober 2008 – AN 14 K 07.02051, juris Rz. 43 ff.

⁵⁹⁹ VG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 29. Februar 2016 – 13 B 2205/15, juris Rz. 49, 58 ff.

⁶⁰⁰ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 39 Rz. 22b, 22d; *DIJuF* 2007, 11.

⁶⁰¹ VG Köln, Urteil vom 20. Dezember 2007 – 26 K 4302/06, JAmt 2008, 379.

⁶⁰² VG Köln, Urteil vom 20. Dezember 2007 – 26 K 4302/06, JAmt 2008, 379, 380.

Nach der gesetzlichen Systematik und dem Wortlaut des § 39 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII („Die laufenden Leistungen umfassen auch ...“) gehören jedoch auch diese Positionen zu den Kosten der Erziehung im Sinne des § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII und sind damit Teil des notwendigen Unterhalts des Kindes oder Jugendlichen.⁶⁰³ Die Pflegeperson kann daher die (hälftige) Erstattung von Aufwendungen zur Unfallversicherung und zu einer angemessenen Alterssicherung vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe nur dann selbst beanspruchen, wenn ihr der Anspruch – ggf. innerhalb der Ansprüche nach § 39 SGB VIII insgesamt – von den Personensorgeberechtigten abgetreten worden ist.⁶⁰⁴

Was eine mögliche Befugnis der Pflegeperson angeht, den Anspruch auf Leistungen zum Unterhalt des Minderjährigen nach § 39 SGB VIII auf der Grundlage von § 1688 BGB geltend zu machen, so gilt dasselbe wie bezüglich des Hauptanspruchs nach § 27 Abs. 1 SGB VIII.⁶⁰⁵ Eine Geltendmachung durch die Pflege- bzw. Betreuungsperson des Minderjährigen gemäß § 1688 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht möglich, da diese Norm lediglich zur Geltendmachung von Sozialleistungen für den Minderjährigen befugt, falls dieser selbst anspruchsberechtigt ist.⁶⁰⁶ Dies ist hier nur hinsichtlich des Barbetrags zur persönlichen Verfügung der Fall. Der Anspruch ist deshalb mit Ausnahme des Barbetrags grundsätzlich von den Personensorgeberechtigten als Anspruchsinhaber geltend zu machen. Diese können allerdings die Pflegeperson zur Geltendmachung des Pflegegelds gemäß § 164 BGB – etwa im Pflegevertrag – bevollmächtigen. Der Anspruch auf Leistungen nach § 39 SGB VIII verbleibt in diesem Fall bei den Personensorgeberechtigten, die Pflegeperson kann ihn aber auf diese Weise für und im Namen der Personensorgeberechtigten geltend machen.⁶⁰⁷

Richtet sich hingegen ein Bescheid, mit dem Leistungen nach § 39 (teilweise) abgelehnt werden, nach seinem Wortlaut an die Pflegeperson als Inhaltsadressaten und wird diesem ein Rechtsbehelf eröffnet, kann sich daraus für den Empfänger eine Klagebefugnis ableiten lassen, auch wenn er tatsächlich nur Bekanntgabeadressat wäre.⁶⁰⁸

⁶⁰³ *DIJuF* 2007, 11.

⁶⁰⁴ *DIJuF*, *JAMt* 2013, 188, 189.

⁶⁰⁵ Vgl. 3.2.3.

⁶⁰⁶ OVG SN, Beschluss vom 19. September 2006 – 5 B 327/06, *JAMt* 2007, 316, 318 f.; *LVR* 2005, 9; *DIJuF*, *JAMt* 2013, 188; a.A.: *Fieseler/Busch*, *FPR* 2004, 448, 451, da die Pflegeeltern letztlich „Empfänger“ des Pflegegeldes seien.

⁶⁰⁷ *Küfner* in *Kindler* u.a. 2010, 66; *DIJuF*, *JAMt* 2013, 188.

⁶⁰⁸ VG Ansbach, Urteil vom 19. Mai 2011 – AN 14 K 10.01880, *juris Rz.* 12.

3.3.1.3 Anspruch der Pflegeperson aus Geschäftsführung ohne Auftrag?

Verschiedentlich haben Pflegepersonen versucht, einen Aufwendungsersatz auf die Zahlung von Pflegegeld in entsprechender Anwendung des § 683 BGB aus (öffentlich-rechtlicher) Geschäftsführung ohne Auftrag als Aufwendungsersatz gerichtlich geltend zu machen.⁶⁰⁹

Voraussetzung zur Anwendbarkeit der Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag ist jedoch, dass nicht bereits eine anderweitige Rechtsgrundlage besteht, aufgrund derer der Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn zur Geschäftsbesorgung legitimiert oder gar verpflichtet ist. Es darf also gerade kein anderes – etwa vertragliches – Rechtsverhältnis bestehen, das über die in den §§ 677 ff. BGB geregelten Rechtsfolgen wie z.B. den Aufwendungsersatz nach § 683 BGB entscheidet.⁶¹⁰ Die Geschäftsführung ohne Auftrag kommt nicht in Betracht, wenn eine Pflegeperson aufgrund der Festlegungen im Hilfeplan auf Wunsch des Jugendamts ein Pflegekind aufnimmt. Sie käme grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Pflegeperson das Kind versorgt und gepflegt hätte, ohne vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe dazu beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein.⁶¹¹ Allein darin, dass das Jugendamt Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege bei der betreffenden Pflegeperson bewilligt und die Pflegeperson daraufhin das Kind in ihren Haushalt aufnimmt und betreut, ist eine mündliche oder jedenfalls konkludente Vereinbarung über die Aufnahme des Pflegekindes erkennbar, die einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließt.⁶¹² Mit Einstellung der Hilfe wird diese Vereinbarung nicht automatisch beendet. Dies ergibt sich aus der Leistungsgewährung im Rahmen des sog. sozial- bzw. jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses. Das Dreiecksverhältnis kommt immer dann zustande, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Erfüllung eines Rechtsanspruchs der Leistungsempfänger eine Entscheidung über die Leistungsgewährung im Einzelfall trifft und die Leistungsberechtigten die Leistung nicht unmittelbar bei dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe, sondern bei einem anderen Leistungserbringer in Anspruch nehmen. Hier entstehen mit der Gewährung einer Leistung durch das Jugendamt drei jeweils zweiseitige, zwar aufeinander bezogene,

⁶⁰⁹ VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297; VG Hamburg, Urteil vom 12. Februar 2001 – 13 VG 1030/2000, juris.

⁶¹⁰ Seiler in MünchKomm BGB 2012 § 677 Rz. 43.

⁶¹¹ VG Würzburg, Urteil vom 17. Oktober 2013 – W 3 K 11.683, juris Rz. 28, bestätigt durch VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297.

⁶¹² VG Würzburg, Urteil vom 17. Oktober 2013 – W 3 K 11.683, juris Rz. 28, bestätigt durch VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297, 298; bejaht hingegen für eine Kleinsteinrichtung nach § 34 SGB VIII durch OVG SN, Urteil vom 26. Oktober 2005 – 5 B 926/04, JAmt 2006, 412 ff.

aber jeweils voneinander unabhängige Leistungsbeziehungen zwischen Leistungsberechtigten, Leistungsträger und Leistungserbringer.⁶¹³ Endet das Rechtsverhältnis zwischen den Leistungsberechtigten, also hier den Personensorgeberechtigten, und dem Jugendamt, indem die Hilfe eingestellt wird, so enden damit nicht automatisch die beiden übrigen Rechtsverhältnisse, die zwischen Personensorgeberechtigten und Pflegeperson einerseits und Pflegeperson und Jugendamt andererseits bestehen.

Die Pflegevereinbarung enthält zwar keine Regelung zu einem Vergütungsanspruch der Pflegeperson gegen das Jugendamt. Ein solcher Anspruch besteht jedoch nach derzeitiger Rechtslage nicht,⁶¹⁴ da – wiederum infolge des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses – die Pflegeperson einen Anspruch gegen die Personensorgeberechtigten auf Sicherstellung des Unterhalts des Kindes hat. Die Personensorgeberechtigten erhalten die Leistungen nach § 39 SGB VIII vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe, um eben diesen Anspruch zu erfüllen. Die Pflegeperson hat ihre Ansprüche auf Zahlungen für den Lebensunterhalt des Kindes oder des Jugendlichen den Personensorgeberechtigten gegenüber geltend zu machen. Jedenfalls solange diese erreichbar sind, kann die Pflegeperson nicht in Umgehung der Regelungen in §§ 27 ff. SGB VIII die Ersetzung ihrer Aufwendungen über die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vom Jugendamt verlangen.⁶¹⁵

Diese Konstellation kann allerdings in der Praxis zu unangemessenen Ergebnissen führen, da die Pflegeperson in dieser Situation vor die Wahl gestellt wird, die Pflegevereinbarung mit dem Jugendamt und den Personensorgeberechtigten zu kündigen und die weitere Betreuung des Kindes abzulehnen, auch wenn dessen weiterer Verbleib u.U. ungeklärt ist⁶¹⁶, oder das Kind weiterhin bei sich zu betreuen, obwohl keine Leistungen für dessen Unterhalt mehr vom Jugendamt erbracht werden.

Folgt man der Auffassung, die eine auch mündliche oder konkludente Pflegevereinbarung zwischen Pflegeperson und Jugendamt verneint, so kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag infrage,

⁶¹³ *Münder* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor Kapitel 5 Rz. 6 ff.; *Meysen* u.a. 2014, 81 ff.; zur Kooperationsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Leistungsberechtigten *Eichenhofer* 2004, 168, 175 ff.; speziell für die Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege *Küfner* in *Kindler* u.a. 2010, 71 ff.

⁶¹⁴ a.A.: *DIJuF*, JAmT 2001, 35, 36: eigener Anspruch der Pflegeperson aus dem Pflegevertrag mit dem Jugendamt nach §§ 315, 316 BGB.

⁶¹⁵ VG Aachen, Urteil vom 19. August 2014 – 2 K 644/12, juris Rz. 38, ausdrücklich offengelassen für den Fall, dass der Aufenthalt der Personensorgeberechtigten nicht ermittelt werden kann oder diese nicht handlungsfähig sind.

⁶¹⁶ So etwa im Fall, der der Entscheidung des VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297, zugrunde liegt.

wenn ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Pflegeperson besteht. Die Vollzeitpflege nach §§ 27, 33 SGB VIII bewegt sich in einer Gemengelage von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen.⁶¹⁷ Bereits die Rechtsnatur der Pflegevereinbarung zwischen dem Jugendamt und der Pflegeperson ist umstritten. Teile der Rechtsprechung und Literatur gehen von einem privatrechtlichen,⁶¹⁸ eine abweichende Ansicht innerhalb der Literatur geht hingegen von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis aus.⁶¹⁹ Eine dritte Position schließlich vertritt die Auffassung, dass zwischen der Pflegeperson und dem Jugendamt in seiner Rolle als Leistungsträger gar keine Vereinbarung geschlossen werde, mit der Art und Dauer des Pflegeverhältnisses, Rechte und Pflichten der Pflegepersonen in Bezug auf die Erziehung und Versorgung des Kindes etc. festgelegt werden. Es sei nicht notwendig, dass es überhaupt zu Rechtsbeziehungen zwischen dem Jugendamt und den Pflegeeltern komme.⁶²⁰

Die Position, die ein privatrechtliches Rechtsverhältnis bejaht, argumentiert im Wesentlichen damit, ein Sekundäranspruch, wie etwa ein Anspruch auf Aufwendungsersatz, teile in aller Regel die Rechtsnatur des ihm zugrunde liegenden Leistungsanspruchs.⁶²¹ Im Fall der Vollzeitpflege werde die Hilfe den Personensorgeberechtigten zwar im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses gewährt.⁶²² Demgegenüber seien die beiden übrigen Rechtsbeziehungen innerhalb des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses, nämlich die zwischen Personensorgeberechtigten und Pflegeperson sowie zwischen Pflegeperson und Jugendamt, privatrechtlich ausgestaltet.⁶²³ Demgegenüber argumentiert die Gegenmeinung, die von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ausgeht, damit, es könne zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Pflegeperson ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 53 SGB X abgeschlossen werden, da die Beziehungen

⁶¹⁷ *DIJuF*, JAmt 2001, 35.

⁶¹⁸ So etwa BGH, Urteil vom 06. Juli 2006 – III ZR 2/06, NJW 2006, 2553, 2554 f.; VGH BY, Beschluss vom 20. Januar 2014 – 12 ZB 12.2766, NJW 2014, 715, 717; VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297, 298; OVG NI, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 4 LC 59/12, FamRZ 2015, 367, 368; *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 33 Rz. 22 f.; *Fischer* in Schellhorn u.a. SGB VIII 2012 § 33 Rz. 21; *DIJuF*, JAmt 2001, 35, 36; so auch die Empfehlung LVR 2005, 12, allerdings mit der Einschränkung, dass jeweils auf den konkreten Vertragsinhalt abzustellen sei.

⁶¹⁹ *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 33 Rz. 19; *Trenk-Hinterberger*, jurisPR SozR 11/2005 Anm. 6.

⁶²⁰ *Küfner* in Kindler u.a. 2010, 73 ff.

⁶²¹ BVerwG, Urteil vom 12. September 2013 – 5 C 35/12, NJW 2014, 1256, 1257; VGH BY, Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297, 298.

⁶²² *Küfner* in Kindler u.a. 2010, 72.

⁶²³ VGH BY, Beschluss vom 20. Januar 2014 – 12 ZB 12.2766, NJW 2014, 715, 717; Beschluss vom 23. April 2014 – 12 ZB 13.2586, ZKJ 2014, 297, 298; OVG NI, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 4 LC 59/12, FamRZ 2015, 367, 368; *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 33 Rz. 22 f.; *Fischer* in Schellhorn u.a. SGB VIII, 2012 § 33 Rz. 21.

zwischen Jugendamt und Pflegeperson auch der Regelung durch einen Verwaltungsakt zugänglich seien. Zudem gehe es in dem betreffenden Rechtsverhältnis auch um die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Leistungsansprüche nach §§ 27, 33 SGB VIII.⁶²⁴ Die Auffassung, die Rechtsbeziehungen zwischen Jugendamt und Pflegeperson für entbehrlich hält, stützt sich darauf, nur die Personensorgeberechtigten könnten die Pflegeeltern beauftragen, an ihrer Stelle die Erziehung und Versorgung ihres Kindes zu übernehmen und sie mit den dafür notwendigen sorgerechtlichen Befugnissen ausstatten. Insofern könne das Jugendamt eine Vereinbarung zur Regelung dieser Punkte mit der Pflegeperson nur dann treffen, wenn ihm entweder vom Familiengericht in den relevanten Aspekten die elterliche Sorge übertragen worden sei, oder wenn eine Bevollmächtigung durch die Personensorgeberechtigten vorliege.⁶²⁵ Es komme allenfalls eine Vereinbarung zur Regelung der Rechte und Pflichten der Pflegepersonen im Verhältnis zum Jugendamt infrage, etwa über Informationspflichten der Pflegeeltern gegenüber dem Jugendamt, vorhandene oder abzuschließende Versicherungen des Pflegekindes oder die Unterstützung der Pflegeeltern, z.B. durch Fahrdienste, Fortbildungen oder Urlaubsvertretungen. Sofern eine solche Vereinbarung nicht unmittelbar auf eine Gestaltung einer öffentlich-rechtlichen Beziehung abziele, sei ihr Rechtscharakter privatrechtlicher Natur.⁶²⁶

Die Position, es entstehe mit der Betreuung eines Kindes in einer Pflegefamilie auf der Grundlage von Hilfe zur Erziehung nach §§ 27, 33 SGB VIII nicht notwendigerweise ein Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Pflegeperson, wird dem Rechtscharakter des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses nicht gerecht. Dieses basiert darauf, dass die Leistungsberechtigten – hier die Eltern des Kindes – einen Rechtsanspruch gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe auf Hilfe zur Erziehung in Form der Vollzeitpflege nach § 33 SGB VIII haben. Der öffentliche Träger als Leistungsträger bewilligt die Hilfe, erbringt sie jedoch nicht selbst. Hierfür wählen hingegen die Eltern im Rahmen ihres Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 Abs. 1 SGB VIII eine (in der Regel vom Jugendamt vorgeschlagene) geeignete Pflegeperson aus, die anstelle des Jugendamts die Leistungserbringung übernimmt.⁶²⁷ Dies befreit jedoch das Jugendamt nicht von seiner Verantwortung, den Rechtsanspruch der Personensorgeberechtigten und auch den

⁶²⁴ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 33 Rz. 19.

⁶²⁵ Küfner in Kindler u.a. 2010, 73.

⁶²⁶ Küfner in Kindler u.a. 2010, 75.

⁶²⁷ Münder in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor Kapitel 5 Rz. 8.

Schutzanspruch des Kindes⁶²⁸ während des Pflegeverhältnisses zu erfüllen. Zwischen dem Jugendamt als Leistungsträger und der Pflegeperson als Leistungserbringer muss daher notwendigerweise auch ein Rechtsverhältnis bestehen, auf dessen Grundlage das Jugendamt sicherstellt, dass die Leistungserbringung sowohl den Rechtsanspruch der Eltern als auch den Schutzanspruch des Kindes erfüllt.⁶²⁹ Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Jugendamt und den Personensorgeberechtigten einerseits und zwischen den Personensorgeberechtigten und der Pflegeperson andererseits können nicht isoliert nebeneinander stehen. Um das Pflegeverhältnis als Erfüllung der Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zur Erbringung von Hilfe zur Erziehung zu qualifizieren, bedarf es einer Verbindung, die durch das Rechtsverhältnis zwischen dem Jugendamt und der Pflegeperson entsteht. Ansonsten käme kein jugendhilferechtliches Dreieck zustande.

Für eine Zuordnung dieses Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht spricht, dass in seinen Rahmen Regelungen getroffen werden, die dazu dienen, die sozialrechtlich begründete Leistungsverpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach § 27 SGB VIII und u.U. seine Schutzpflichten dem Kind gegenüber zu erfüllen.⁶³⁰ Das Jugendamt agiert bei der Ausgestaltung des Pflegeverhältnisses durch die Vereinbarung mit der Pflegeperson gerade nicht wie eine Privatperson, sondern in seiner Funktion als Leistungs- und Hoheitsträger.

Selbst bei Verneinung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Jugendamt und der Pflegeperson ist jedoch ein Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag nicht ausgeschlossen. Die Geschäftsführung ohne Auftrag – sei es in privatrechtlicher oder in öffentlich-rechtlicher Form – setzt nicht voraus, dass zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn bereits vor der Führung des (auch) fremden Geschäfts eine rechtliche Beziehung besteht. Die Geschäftsführung

⁶²⁸ Insofern könnte man in dieser Konstellation auch von einem jugendhilferechtlichen Viereck sprechen.

⁶²⁹ Vgl. etwa LVR 2005, 11: Empfehlung zur Vornahme von Regelungen über die Erbringung von Unterstützungs-, Betreuungs-, Erziehungs-, Pflegeleistungen usw. seitens der Pflegeeltern einerseits, andererseits im Fall der Abtretung durch die Personensorgeberechtigten die Regelung zur Auszahlung des Pflegegeldes und ggf. des erhöhten Erziehungsaufwandes unmittelbar an die Pflegeeltern sowie Beratungsleistungen (z.B. Fortbildung) des Jugendamts gegenüber den Pflegeeltern; zur Frage eines Weisungsrechts des öffentlichen Trägers bei Leistung einer Hilfe zur Erziehung durch einen freien Träger: Kunkel, ZfJ 2000, 60 ff.

⁶³⁰ A.A.: LVR 2005, 12, der Pflegevertrag dient „zwar mittelbar auch der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben, hat aber selbst keine unmittelbare Änderung oder Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung oder Verpflichtung zum Regelungsinhalt“.

ohne Auftrag führt vielmehr dazu, dass rechtliche Beziehungen *zustande kommen*, etwa in Form des Anspruchs auf Aufwendungsersatz nach § 683 BGB.

Voraussetzung für eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag ist, dass dem Geschäft öffentlich-rechtliche Natur zukäme, sofern es durch den Geschäftsherrn vorgenommen würde.⁶³¹

Wie der Bundesgerichtshof selbst in seiner Entscheidung vom 06. Juli 2006 ausführt, die letztlich ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zwischen Jugendamt und Pflegeperson ablehnt, „*ist ein Fürsorgeverhältnis zwischen dem Jugendamt und dem Pflegekind und ein auf Hilfe zur Erziehung gerichtetes (§ 27 ff. SGB VIII) sozialrechtliches Verhältnis zwischen dem Jugendamt und dem Personensorgeberechtigten anzunehmen.*“⁶³² Würde der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Erfüllung der sich hieraus ergebenden Verpflichtungen die Hilfe selbst erbringen – etwa durch Anstellung von Pflegepersonen – so käme dieser Leistungserbringung öffentlich-rechtlicher Charakter zu. Indem die Pflegeperson den Lebensunterhalt des Kindes selbst sicherstellt, wenn ein Anspruch auf Leistungen nach § 39 SGB VIII durch die Personensorgeberechtigten nicht (mehr) geltend gemacht wird, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung öffentlicher Jugendhilfe für die tatsächlich erhaltene Erziehung vorliegen, eine anderweitige Betreuung des Kindes jedoch nicht sichergestellt ist oder das Familiengericht sogar eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB ausgesprochen hat, erfüllt sie auch die Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich seiner Schutzpflichten dem Minderjährigen gegenüber.⁶³³ Daneben erfüllt sie u.U. auch eine eigene Aufgabe, die sie durch die Pflegevereinbarung mit den Personensorgeberechtigten übernommen hat. Für die Geschäftsführung ohne Auftrag reicht es jedoch aus, wenn der Geschäftsführer ein „auch fremdes“ Geschäft besorgt hat. Nach § 677 BGB ist es erforderlich, dass der Geschäftsführer ein Geschäft für einen anderen besorgt. Das Geschäft muss einem fremden Rechts- oder Interessenkreis entstammen, also der Sorge eines anderen obliegen.⁶³⁴ Der Geschäftsführer muss mit Fremdgeschäftsführungswillen handeln, also von dem Willen geleitet sein, mit der Geschäftsbesorgung

⁶³¹ BGH, Urteil vom 22. Februar 1971 – III ZR 205/67, NJW 1971, 1218 f.; Urteil vom 17. November 2011 – III ZR 53/11, NJW 2012, 1648, 1649; Beschluss vom 26. November 2015 – III ZB 62/14, FamRZ 2016, 301; Gehrlein in BeckOK BGB § 677 Rz. 24.

⁶³² BGH, Urteil vom 06. Juli 2006 – III ZR 2/06, NJW 2006, 2553, 2555.

⁶³³ BVerwG, Urteil vom 27. Mai 1993 – 5 C 41/90, FEVS 44, 309: Ablehnung der Wahrnehmung eines Geschäfts des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, da eine nicht unentgeltliche Betreuung die Verpflichtung des Jugendhilfeträgers nicht abdecke.

⁶³⁴ So schon RG, Urteil vom 29. Oktober 1919 – I 125/19, RGZ 97, 61, 65 f.; Seiler in MünchKommBGB 2012 § 677 Rz. 4; Gehrlein in BeckOK BGB § 677 Rz. 11.

die Interessen eines anderen zu fördern.⁶³⁵ Dieses Kriterium ist nicht bereits deshalb zu verneinen, weil daneben auch eigene Belange wahrgenommen werden, selbst wenn es sich dabei um eigene Verpflichtungen einem Dritten gegenüber handelt. Ausreichend ist, dass er auch im Hinblick auf den Geschäftsherrn gehandelt hat.⁶³⁶ In dieser Konstellation der auch fremden Geschäfte wird ein Fremdgeschäftsführungswille des Geschäftsführers vermutet.⁶³⁷ Vorschriften des öffentlichen Rechts, die eine erschöpfende Regelung der eingetretenen rechtlichen Konstellation vorsehen, die einen Rückgriff auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht erlauben und dieses Rechtsinstitut insofern ausschließen,⁶³⁸ liegen im Verhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Pflegeperson gerade nicht vor.

Ein Anspruch der Pflegeperson auf Aufwendungsersatz nach § 683 BGB käme hiernach in Betracht.

3.3.2 Der begleitende Anspruch auf Krankenhilfe (§ 40 SGB VIII)

Neben § 39 SGB VIII liegt ein weiterer begleitender Anspruch zur Hilfe zur Erziehung in § 40 SGB VIII vor. Danach ist Krankenhilfe zu leisten, sofern eine Hilfe nach §§ 33 bis 35 SGB VIII gewährt wird. Der Anspruch besteht nur, soweit nicht nach § 10 Abs. 1 SGB VIII andere Sozialleistungsträger vorrangig verpflichtet sind, insbesondere – bei Mitgliedschaft des jungen Menschen oder Familienversicherung – die Krankenversicherung. Der Anspruch besteht allerdings auch, wenn zwar Krankenversicherungsschutz besteht, die Leistung seitens der Krankenkasse aber nicht rechtzeitig sichergestellt wird oder nicht den gesamten Bedarf des jungen Menschen deckt.⁶³⁹ Eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V besteht für junge Menschen, die Hilfen nach den §§ 33 bis 35 SGB VIII erhalten, jedoch nicht. Voraussetzung für eine Versicherungspflicht nach dieser Norm ist, dass für die betreffende Person kein anderweitiger Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall besteht. Eine solche anderweitige Absicherung ist mit dem Anspruch auf Krankenhilfe nach § 40 SGB VIII gegeben, da diese eine dem

⁶³⁵ Seiler in MünchKomm BGB 2012 § 677 Rz. 9 f.

⁶³⁶ Seiler in MünchKomm BGB 2012 § 677 Rz. 9.

⁶³⁷ So etwa BGH, Urteil vom 26. November 1998 – III ZR 223 – 97, NJW 1999, 858, 860; Gehrlein in BeckOK BGB § 677 Rz. 15.

⁶³⁸ So schon BGH, Urteil vom 04. Juni 1959 – VII ZR 217/581728, NJW 1959, 1725, 1728; Seiler in MünchKomm BGB 2012 § 677 Rz. 11.

⁶³⁹ DIJuF 2015a; ders., 2015b.

Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechende Absicherung umfasst.⁶⁴⁰

Ebenso wie bei den Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder des Jugendlichen nach § 39 SGB VIII ist auch hier umstritten, ob der Minderjährige selbst⁶⁴¹ oder der Personensorgeberechtigte⁶⁴² Anspruchsinhaber ist.

Durch die Koppelung an die genannten Hilfen zur Erziehung zeigt sich, dass es sich auch bei der Krankenhilfe nicht um einen eigenständigen Leistungstatbestand, sondern um einen Annexanspruch zur Hilfe zur Erziehung handelt.⁶⁴³ Auch hier gilt, dass der Neben-Anspruch mangels einer ausdrücklichen anderweitigen Zuweisung nur dem Inhaber des Hauptanspruchs zustehen kann. Es handelt sich also hiernach um einen Anspruch des Personensorgeberechtigten.⁶⁴⁴

Allerdings ist abhängig davon, in welcher Form die Krankenhilfe geleistet wird, eine differenzierte Betrachtung geboten: Wird die Krankenhilfe vom öffentlichen Träger der Jugendhilfe selbst erbracht, so ist unproblematisch der Personensorgeberechtigte Anspruchsinhaber. Der Minderjährige selbst ist ebenso wie bei den Primärleistungen der Hilfe zur Erziehung und den Leistungen gemäß § 39 SGB VIII nur mittelbar Begünstigter.

Gemäß § 40 Satz 4 SGB VIII kann das Jugendamt jedoch, statt die Leistungen der Krankenhilfe ausschließlich selbst zu erbringen, in geeigneten Fällen die Beiträge für eine freiwillige Krankenversicherung übernehmen, soweit diese angemessen sind. In Betracht kommt dies insbesondere in den Fällen, in denen der Minderjährige weder einer Pflichtversicherung unterliegt noch Anspruch auf Familienversicherung hat und in denen eine längerfristige Betreuung durch das Jugendamt zu erwarten ist.⁶⁴⁵ Grundlage für eine freiwillige Versicherung ist § 9 SGB V. In diesem Fall ist zu differenzieren zwischen dem Anspruch *auf* Abschluss einer solchen Krankenversicherung und dem Anspruch *aus* der Versicherung: Bei dem Anspruch auf Abschluss der Krankenversicherung bzw. auf fehlerfreie Ermessensentscheidung in dieser Frage

⁶⁴⁰ BSG, Urteil vom 27. Januar 2010 – B 12 KR 2/09 R, JAmt 2010, 452 f.; kritisch dazu *DIJuF* 2015a.

⁶⁴¹ *Winkler* in BeckOK Sozialrecht § 40 SGB VIII Rz. 4; so auch noch *Wiesner* in *Wiesner u.a. SGB VIII* 2000 § 40 Rz. 10.

⁶⁴² *Kunkel* in LPK-SGB VIII 2016 § 40 Rz. 16; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII* 2015 § 40 Rz. 10; *Mrozynski*, ZfJ 1999, 403, 408; *DIJuF*, JAmt 2011, 580, 582.

⁶⁴³ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII* 2015 § 40 Rz. 2; *Tammen* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 40 Rz. 1.

⁶⁴⁴ *Küfner/Schönecker* in *Kindler u.a.* 2010, 50; *Mrozynski*, ZfJ 1999, 403, 408.

⁶⁴⁵ *Degener* in *Jans u.a. SGB VIII* § 40 Rz. 25; *DIJuF* 2015b.

handelt es sich um einen Anspruch des Personensorgeberechtigten. Wird die Versicherung abgeschlossen, ist der Minderjährige selbst Versicherter und damit Leistungsberechtigter der Krankenversicherung gegenüber gemäß §§ 11 ff. SGB V.

Diese Differenzierung hat Auswirkungen für die Ausübung des Rechts. Das Recht auf Krankenhilfe bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Übernahme der Beiträge einer freiwilligen Versicherung ist vom Personensorgeberechtigten als Anspruchsinhaber geltend zu machen. Besteht jedoch eine freiwillige Krankenversicherung des Minderjährigen, so kann dieser ab Vollendung des 15. Lebensjahrs gemäß § 36 Abs. 1 SGB I seine Ansprüche gegen die Krankenversicherung selbst geltend machen, sofern der Inhaber der elterlichen Sorge diese Befugnis nicht nach §§ 36 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII in zulässiger Weise beschränkt hat.⁶⁴⁶ Im Übrigen ist der Anspruch vom gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen geltend zu machen. Da es sich auch hier um einen Anspruch des Minderjährigen selbst handelt, kommt eine Geltendmachung ebenso wie hinsichtlich des persönlichen Barbetrags nach § 39 Abs. 2 SGB VIII durch die Pflege- bzw. Betreuungsperson gemäß § 1688 Abs. 1 Satz 2 BGB infrage, sofern der Inhaber der elterlichen Sorge eine derartige Befugnis nicht nach § 1688 Abs. 3 BGB in zulässiger Weise eingeschränkt hat.

⁶⁴⁶ Zur Problematik dieser Differenzierung speziell im Fall des Schwangerschaftsabbruchs einer Minderjährigen vgl. *Mrozyński*, ZfJ 1999, 403, 408.

4 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII

Im Anschluss an die Frage nach den gemäß § 27 Abs. 1 SGB VIII zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung berechtigten Personen hat die Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm zu erfolgen. Als Voraussetzungen für den Anspruch auf Hilfe zur Erziehung fordert § 27 Abs. 1 SGB VIII, dass *„eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist“*. Zu klären ist somit zunächst, was unter dem Wohl des Kindes bzw. des Jugendlichen zu verstehen ist und wann das Wohl des Minderjährigen als nicht gewährleistet im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist. Dies erfordert insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Begrifflichkeit des § 27 Abs. 1 SGB VIII, die als sachliche Anspruchsvoraussetzung verlangt, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung *„nicht gewährleistet“* ist. Diese Formulierung ist im Verhältnis zu der Formulierung des § 1666 BGB in ihrer Bedeutung zu klären, die für Maßnahmen des Familiengerichts zum Schutz von Minderjährigen voraussetzt, dass das Wohl des Kindes *„gefährdet“* ist. Zudem ist eine Konkretisierung des erzieherischen Bedarfs der Minderjährigen als inhaltliche Voraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung vorzunehmen. Zudem ist zu klären, welche Faktoren bei der Entscheidung von Bedeutung sind, ob die Hilfe geeignet und notwendig ist.

4.1 Fehlende Gewährleistung einer dem Wohl des Minderjährigen entsprechenden Erziehung – der erzieherische Bedarf

Nach der Formulierung des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist erste Voraussetzung für einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, dass eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist.

4.1.1 Das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen

Auf völkerrechtlicher Ebene ist die Garantie und damit auch der Begriff des Kindeswohls insbesondere in Art. 3 KRK verankert. Nach Art. 3 Abs. 1 KRK ist das Wohl des Kindes bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, die von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Nach Art. 3 Abs. 2 KRK verpflichten sich die Vertragsstaaten, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der für das Kind gesetz-

lich verantwortlichen Personen notwendigen Schutz und Fürsorge zu gewährleisten. Art. 3 Abs. 3 KRK begründet staatliche Schutz- und Leistungspflichten im Rahmen der Ausgestaltung öffentlicher und privater Einrichtungen.

Art. 3 KRK normiert den zentralen Gedanken der Konvention und bildet den Dreh- und Angelpunkt aller im Übereinkommen genannten Rechte des Kindes.⁶⁴⁷ Das Kindeswohlprinzip durchzieht als wesentlicher Auslegungsmaßstab alle in der Kinderrechtskonvention verankerten Rechte und bezieht sich unmittelbar auf alle Maßnahmen der Mitgliedstaaten.⁶⁴⁸ Die unmittelbare Anwendung ergibt sich daraus, dass die Bestimmung *self executing*, also selbstvollziehend ist, weil sie keiner besonderen Transformation in innerstaatliches Recht bedarf, sondern aus sich selbst heraus anwendungsfähig ist.⁶⁴⁹

Art. 3 KRK spricht in der englischen Originalfassung von „*best interests of the child*“. Der Begriff bezeichnet das Wohl des Kindes in erster Linie im rechtlichen Kontext.⁶⁵⁰ Inhaltlich ist er identisch mit dem deutschen Begriff des Kindeswohls.⁶⁵¹ Trotz der Bedeutung des Begriffs existiert keine zentrale Definition, sondern es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.⁶⁵² Durch die Unbestimmtheit wird die herausragende Rolle, die dem Kindeswohlprinzip nach Art. 3 KRK zukommt, teilweise in Frage gestellt.⁶⁵³ Der Begriff bietet bei seiner Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt einen erheblichen Interpretationsspielraum.⁶⁵⁴ Er ist wertabhängig und seine Auslegung wird neben kulturellen, politischen und religiösen Vorstellungen auch von unterschiedlichen Gewichtungen der kindlichen Bedürfnisse in verschiedenen Kultur- und Rechtskreisen beeinflusst.⁶⁵⁵ Sämtliche Bestimmungen der Konvention stehen allerdings in einem unauflösbaren Zusammenhang und müssen als Einheit betrachtet werden.⁶⁵⁶ Insofern setzt sich die Kinderrechtskonvention durch den Katalog der aufgeführten Kinderrechte selbst Standards, die als Konkretisierung des Kindeswohlprinzips zu betrachten sind und damit den Auslegungsspielraum begrenzen.⁶⁵⁷

⁶⁴⁷ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 1; Koritz, FPR 2012, 212, 213.

⁶⁴⁸ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 1.

⁶⁴⁹ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 5; Eichholz, IzKK-Nachrichten 2009, 12, 13.

⁶⁵⁰ Maywald, IzKK-Nachrichten 2009, 16; Koritz, FPR 2012, 212, 213: im Gegensatz zum Begriff „*wellbeing of the child*“, der sich mehr auf das gesundheitliche Wohlbefinden bezieht.

⁶⁵¹ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 2.

⁶⁵² Maywald, IzKK-Nachrichten 2009, 16; Koritz, FPR 2012, 212, 213.

⁶⁵³ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 9.

⁶⁵⁴ Koritz, FPR 2012, 212, 213.

⁶⁵⁵ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 9.

⁶⁵⁶ Maywald, IzKK-Nachrichten 2009, 16, 17.

⁶⁵⁷ Koritz, FPR 2012, 212, 213.

Eine Definition des Kindeswohlbegriffs ist auch im deutschen Recht nicht erfolgt. Eine Konkretisierung des Begriffs wird weder im SGB VIII noch an anderer Stelle im Gesetz getroffen. Der Begriff des Wohls des Kindes in § 27 Abs. 1 SGB VIII schließt sich an den gleichlautenden Begriff des Familienrechts insbesondere in §§ 1626 bis 1697a BGB an. Dort wird das Kindeswohl an vielen Stellen als Maßstab für die Regelung und Ausübung der elterlichen Sorge⁶⁵⁸ und des Umgangs⁶⁵⁹ ausdrücklich genannt. Nach § 1697a BGB hat das Familiengericht seine Entscheidungen danach auszurichten, dass sie dem Wohl des Kindes am besten entsprechen (Kindeswohlprinzip).

Rechtsdogmatisch ist das Kindeswohl eine spezifische Ausprägung der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG, die auf die Sondersituation des noch nicht vollständig selbstbestimmungsfähigen jungen Menschen abstellt, der alters- und entwicklungsbedingt der Freiheits- und Persönlichkeitsentfaltungshilfe seitens anderer Personen bedarf.⁶⁶⁰ Damit ist es *„der rechtliche Anknüpfungspunkt für den besonderen Anspruch auf Achtung, Schutz und Förderung des in wesentlichen Hinsichten selbstbestimmungsunfähigen Kindes in seiner Subjektstellung und Persönlichkeit, damit auch und gerade in den Entfaltungsbedingungen und -möglichkeiten seiner Persönlichkeit“*.⁶⁶¹ Problematisch an dem Begriff⁶⁶² ist, dass er gesetzlich nicht konkretisiert wird. Eine positive Bestimmung dessen, was als das Wohl eines Kindes betrachtet wird, ist vom Gesetzgeber nicht vorgenommen worden.⁶⁶³ Es fehlt ein normativer Bezug, der verdeutlicht, was Kinder haben sollten bzw. was ihnen zusteht.⁶⁶⁴

In § 1 Abs. 1 SGB VIII finden sich Aussagen zum Erziehungsziel, das in der Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit liegen soll. Aussagen zu dem Weg, mit dem dies erreicht werden soll, finden sich ansatzweise in § 1626 Abs. 2 BGB, wonach Eltern bei der Pflege und Erziehung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen und mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge besprechen

⁶⁵⁸ Insbesondere §§ 1626 Abs. 3, 1626a Abs. 2, 1627, 1631b, 1632 Abs. 4, 1666, 1671, 1680 Abs. 2, 1687 Abs. 2, 1687b Abs. 3, 1696, 1697a BGB.

⁶⁵⁹ §§ 1684 bis 1686a BGB.

⁶⁶⁰ Jestaedt in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 7.

⁶⁶¹ Jestaedt 2008, 13.

⁶⁶² Ausführlich zum Kindeswohlbegriff Coester 1983, 134 ff.

⁶⁶³ Zur Problematik eines positiven Standards Coester 1983, 171.

⁶⁶⁴ Maywald, IzKK-Nachrichten 2009, 16, 17.

und Einvernehmen anstreben. Eine der wenigen punktuellen Aussagen darüber, welche Kriterien zum Wohl des Kindes gehören, folgt in Absatz 3, wonach zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehört wie auch der Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist. Auch die Regelung des § 1632 Abs. 4 BGB, nach der das Familiengericht eine Verbleibensanordnung treffen kann, wenn das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege lebt und bei Wegnahme durch die Eltern das Kindeswohl gefährdet würde, gibt einen Hinweis auf die Bedeutung von Kontinuität und Stabilität von Betreuungs- und Erziehungsverhältnissen für das Kindeswohl.⁶⁶⁵ Indem der Wille des Kindes in mehreren Regelungen des Familienrechts eine Rolle spielt und durch ein Anhörungsrecht des Kindes und die Beteiligung eines Verfahrensbeistands im familiengerichtlichen Verfahren Berücksichtigung finden soll, wird dessen Bedeutung für das Kindeswohl erkennbar.⁶⁶⁶

Ein konkreter Standard dessen, was als Kindeswohl zu verstehen ist, ist dem Gesetz jedoch nicht zu entnehmen. Der Begriff erschließt sich rechtlich nur aus der negativen Abgrenzung zur Gefährdung des Kindeswohls, die ihrerseits allerdings auch nicht gesetzlich definiert oder zumindest konkretisiert ist. Eine der wenigen Aussagen dazu, was nicht als kindeswohlkonform angesehen wird, findet sich in § 1631 Abs. 2 BGB, der als Grenze der Personensorge das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung normiert und körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen für unzulässig erklärt. Andererseits lässt sich nach der einhelligen Meinung in der Literatur aus Verstößen gegen diese Vorschrift nicht automatisch eine Kindeswohlgefährdung ableiten.⁶⁶⁷ Selbst ein Unterlassungsanspruch des Kindes wird übereinstimmend verneint.⁶⁶⁸ Ein solcher müsste angesichts des Wortlauts der Norm „*Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung*“, der ein subjektives Recht des Kindes impliziert, gegeben sein.⁶⁶⁹ Dafür, dass eine mit der Anwendung von Gewalt verbundene Erziehung nicht kindeswohlgerecht ist, spricht auch die in der UN-Kinderrechtskonvention verankerte Verpflichtung zum Schutz des Kindes vor Gewalt. Art. 19 Abs. 1 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Vornahme aller geeigneten Maßnahmen, um das Kind u.a. vor jeder Form körperlicher oder

⁶⁶⁵ Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 6.

⁶⁶⁶ Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 6, 6.2.

⁶⁶⁷ Huber in MünchKomm BGB 2012 § 1631 Rz. 31; Huber/Scherer, FamRZ 2001, 797, 800.

⁶⁶⁸ Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 14/1247, 5; Veit in BeckOK BGB § 1631 Rz. 15, 24; Huber in MünchKomm BGB 2012 § 1631 Rz. 32 ff.; Huber/Scherer, FamRZ 2001, 797, 801.

⁶⁶⁹ Künast, FPR 2008, 478, 480, leitet dies bereits aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG ab.

geistiger Gewaltanwendung zu schützen, solange es sich in der Obhut der Eltern oder eines Elternteils, eines anderen gesetzlichen Vertreters oder einer anderen Person befindet, die das Kind betreut. In Anbetracht der erheblichen kulturelle Unterschiede zwischen den Vertragsstaaten bleibt es jedoch fraglich, ob Art. 19 KRK die körperliche Bestrafung von Kindern als Erziehungsmethode generell verbietet.⁶⁷⁰ Zwar hat sich in Europa die Ansicht über die körperliche Bestrafung eines Kindes als zulässiges Erziehungsmittel in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt, auf internationaler Ebene bestehen dazu jedoch divergierende Vorstellungen.⁶⁷¹ Die Relevanz einer gewaltfreien Erziehung für das Wohl des Kindes bleibt in rechtlicher Hinsicht somit ebenfalls unklar.

Aus der UN-Kinderrechtskonvention lassen sich Grundbedürfnisse des Kindes ableiten, deren Befriedigung für sein Wohl erforderlich ist: Liebe, Zuwendung, Akzeptanz, eine stabile Bindung, Versorgung, Körperpflege, Gesundheitsfürsorge, Schutz vor Gefahren sowie geistige und soziale Bildung.⁶⁷² Auch diese Begriffe wiederum sind jeweils in hohem Maße auslegungsbedürftig. Insgesamt lässt sich der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls damit – jedenfalls in rechtlicher Hinsicht – schwer konkretisieren. Das Kindeswohl stellt kein „*durchnormiertes, in sich geschlossenes Wertprinzip dar*“.⁶⁷³ Es ist als wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff zu betrachten,⁶⁷⁴ der in jedem Einzelfall neu zu konkretisieren ist.⁶⁷⁵ Damit kann er „*als heuristisches Prinzip bezeichnet werden, das gerichtet ist auf das Auffinden und wechselseitige Zuordnen von wesentlichen Seinselementen und Wertmaßstäben innerhalb des allgemeinen Rahmens des Rechts*“.⁶⁷⁶ Inhaltlich wird er von einer Vielzahl außerjuristischer Elemente, etwa wissenschaftlicher Erkenntnisse und gesellschaftlicher Standards, mitbestimmt.⁶⁷⁷

In den Regelungen zur elterlichen Sorge im Familienrecht des BGB findet sich die zentrale Regelung zum Schutz des Kindeswohls in § 1666 Abs. 1 BGB, in dem die Befugnis des Familiengerichts verankert ist, bei einer Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes die erforderlichen Maßnahmen zur

⁶⁷⁰ Schmahl KRK 2013 Art. 19 Rz. 2.

⁶⁷¹ Schmahl KRK 2013 Art. 3 Rz. 9.

⁶⁷² Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 5.

⁶⁷³ Coester 1983, 373.

⁶⁷⁴ Jestaedt in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 1.5 Rz. 8.

⁶⁷⁵ Coester 1983, 373.

⁶⁷⁶ Coester 1985, 40.

⁶⁷⁷ Coester 1983, 419 ff.

Abwendung der Gefahr zu treffen. Vereinzelt wird die Anbindung der Hilfe zur Erziehung an den Begriff des Kindeswohls aus § 1666 BGB mit dem Hinweis darauf kritisiert, dort handele es sich um die Normierung einer Eingriffsschwelle in Rechte der Personensorgeberechtigten, während für eine Hilfe nach § 27 Abs. 1 SGB VIII eine niedrigere Schwelle der Beeinträchtigung gefordert sein müsse.⁶⁷⁸ Diese Argumentation berücksichtigt jedoch nicht die Systematik der Normen und erweist sich somit als unschlüssig. Die Konkretisierung des Begriffs des Wohls des Kindes sagt nur etwas darüber aus, welches Kriterium im Mittelpunkt der Anspruchsvoraussetzung steht. Über die von § 27 Abs. 1 SGB VIII geforderte Intensität der Beeinträchtigung des Wohls des Minderjährigen wird durch die inhaltliche Ausfüllung unter Verknüpfung mit § 1666 BGB keine Aussage getroffen. Eine Regelung dazu ist erst der Formulierung zu entnehmen, der Anspruch sei gegeben, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung „*nicht gewährleistet ist*“. Erst im Zusammenhang mit dieser Formulierung kann der unbestimmte Rechtsbegriff „*Wohl des Kindes*“ im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII sinnvoll angewandt werden.⁶⁷⁹

4.1.2 Fehlende Gewährleistung einer dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechenden Erziehung

4.1.2.1 Der erzieherische Bedarf

Die Formulierung des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist im Wortlaut nicht eindeutig, was den für einen Rechtsanspruch erforderlichen Grad der Beeinträchtigung der dem Wohl des Minderjährigen entsprechenden Erziehung angeht. Die Begrifflichkeit, eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung sei *nicht gewährleistet*, kann dahin verstanden werden, das Wohl des Minderjährigen dürfe bereits nicht mehr gegeben sein. Wenn Hilfe zur Erziehung notwendig ist, weil ansonsten das Wohl des Minderjährigen nicht gewährleistet ist, könnte man daraus im Umkehrschluss folgern, dass das Kindeswohl ohne diese Hilfe nicht mehr gewährleistet sei und eine zumindest nah bevorstehende Kindeswohlgefährdung zwingend gegeben sein müsse.⁶⁸⁰ Der Wortlaut deckt somit eine Auslegung, wonach die Gewährung von Hilfe zur Erziehung eine Gefährdung oder gar Verletzung des Wohls des Kindes

⁶⁷⁸ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 19.

⁶⁷⁹ I.E. Tammen/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 7.

⁶⁸⁰ Kemper, ZfJ 1993, 574, 575.

oder des Jugendlichen voraussetzt. Vereinzelt wird aus diesem Grund auch eine Kindeswohlgefährdung als Anspruchsvoraussetzung gefordert.⁶⁸¹

Neben dem Wortlaut sind jedoch auch systematische Erwägungen zur Auslegung heranzuziehen,⁶⁸² hier konkret die Stellung und Bedeutung der Hilfe zur Erziehung nach dem SGB VIII im Verhältnis zu den Maßnahmen des Familiengerichts im Falle einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB.

§ 1666 BGB als einfachgesetzliche Ausformulierung des staatlichen Wächteramts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG normiert die Schwelle für Eingriffe in Elternrechte zur Abwendung und somit als Reaktion auf eine Gefährdung des Kindeswohls. Hilfe zur Erziehung dagegen soll den Eintritt einer Gefährdung des Minderjährigen und damit auch die Notwendigkeit von Maßnahmen des Familiengerichts nach § 1666 BGB gerade verhindern.

Die Funktion der Hilfe zur Erziehung, Maßnahmen nach § 1666 BGB zu verhindern, ergibt sich unmittelbar aus §§ 1666, 1666a BGB. Gemäß § 1666 Abs. 1 BGB ist Voraussetzung für Maßnahmen des Familiengerichts neben einer Gefährdung des Kindeswohls auch, dass die Eltern nicht bereit und in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden. Sofern die Eltern bereit sind, Hilfe zur Erziehung in Anspruch zu nehmen und diese Hilfe zur Abwehr der Gefährdung in der Lage ist, kommt es auch bei massivster Kindeswohlgefährdung nicht zu familiengerichtlichen Maßnahmen. Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII bewegt sich somit zunächst⁶⁸³ im Vorfeld von Maßnahmen nach § 1666 BGB. Dies wird für die Fremdunterbringung von Minderjährigen ausdrücklich in § 1666a Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt. Nach dieser Norm sind Maßnahmen, mit denen die Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen begegnet werden kann. Zu den hier angesprochenen öffentlichen Hilfen zählt insbesondere die Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII.⁶⁸⁴

Unter isolierter Betrachtung dieser Funktion, anstelle von Maßnahmen des Familiengerichts nach §§ 1666, 1666a BGB einer Kindeswohlgefährdung entgegenzuwirken, erscheint zunächst auch eine Auslegung des § 27 Abs. 1 SGB VIII als sinnvoll, die

⁶⁸¹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 6: „Das Kriterium der Kindeswohlgefährdung unterscheidet die Mangellage des § 27 von den dem § 27 vorgelagerten Hilfen.“; Kemper, ZfJ 1993, 574, 575.

⁶⁸² Vgl. 2.2.2.

⁶⁸³ Zur Realisierung von Hilfe zur Erziehung durch Maßnahmen nach § 1666 BGB vgl. 5.2.

⁶⁸⁴ BayObLG, Beschluss vom 19. August 1992 – 1Z BR 48/92, FamRZ 1993, 229, 231; OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008 – 9 UF 122/08, FamRZ 2009, 994 f.; Veit in BeckOK BGB § 1666a Rz. 3.1.

als Voraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung bereits eine Kindeswohlgefährdung fordert. Die Schwelle der Beeinträchtigung des Wohls des Minderjährigen wäre damit im Rahmen des Tatbestandes des § 27 SGB VIII und des § 1666 BGB identisch. Im Falle einer Kindeswohlgefährdung würde die Bereitschaft der Eltern zur Annahme von Hilfe zur Abwendung der Gefährdung die Weichenstellung dahin vornehmen, ob Hilfe zur Erziehung oder Maßnahmen des Familiengerichts zur Anwendung kommen. Hilfe zur Erziehung hätte damit ausschließlich die Funktion, im Rahmen einer bereits bestehenden Kindeswohlgefährdung zu bewirken, dass die Eltern des Minderjährigen durch die Unterstützung gewillt und in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden, damit Maßnahmen des Familiengerichts nach § 1666 BGB vermieden werden können.

Der Hilfe zur Erziehung kommt jedoch auch die weitergehende Funktion zu, bereits im Vorfeld den Eintritt der Gefährdung des Wohls von Kindern oder Jugendlichen zu verhindern. Dies folgt bereits aus der insgesamt präventiven Ausrichtung des SGB VIII. Speziell die Regelungen der Hilfe zur Erziehung im Zuge der Reform des Kinder- und Jugendhilferechts mit Schaffung des SGB VIII sollten das Instrumentarium öffentlicher Hilfe und Unterstützung unterhalb der Schwelle des staatlichen Wächteramts ausbauen, um eingreifende Maßnahmen des Staates nach Möglichkeit zu vermeiden.⁶⁸⁵

Insofern kann Voraussetzung für einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nicht eine bereits vorliegende Gefährdung des Wohls des Kindes oder des Jugendlichen sein. Der Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung setzt bewusst unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB an.⁶⁸⁶ Die Tatbestandsvoraussetzung des § 27 Abs. 1 SGB VIII, eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung ist *nicht gewährleistet*, ist somit weiter auszulegen. Eine Gefährdung des Kindeswohls im Sinne des § 1666 BGB liegt dann vor, wenn eine gegenwärtige, in solchem Maß vorhandene Gefahr gegeben ist, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen, seelischen oder körperlichen Wohls des

⁶⁸⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 11/5948, 68 zu § 26 Absatz 1.

⁶⁸⁶ Begründung des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BR-Drucks. 550/07, 5; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 24; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 3, 18; Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 7; Röchling 1997, 265; Coester 2008, 22, 41.

Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.⁶⁸⁷ Für eine Gefährdung ist somit Voraussetzung, dass konkret benennbare Schädigungsfolgen für den Minderjährigen wahrscheinlich eintreten werden. Eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechende Erziehung im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist demgegenüber bereits dann nicht gewährleistet, wenn in seiner Lebenssituation die zur Verfügung stehende Erziehungsleistung nicht ausreicht, um das Ziel der Erziehung zu erreichen.⁶⁸⁸ Dies ist der Fall, wenn sich seine Sozialisation im Vergleich zu anderen Kindern oder Jugendlichen als benachteiligt darstellt.⁶⁸⁹ Maßstab der Bewertung muss dabei das in § 1 Abs. 1 SGB VIII verankerte Recht des jungen Menschen auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit sein.⁶⁹⁰ Sofern eine Fehlentwicklung, ein Stillstand oder Rückstand der Persönlichkeitsentwicklung droht oder bereits eingetreten ist, ist eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechende Erziehung somit nicht gewährleistet.⁶⁹¹ Gegenstand der Beurteilung ist dabei sowohl der erzieherische Prozess als solcher als auch dessen Ergebnis.⁶⁹²

Um zu ermitteln, ob sich die Sozialisationslage des betreffenden Minderjährigen als benachteiligt erweist, erscheinen sowohl ein objektiver, nach außen gerichteter als auch ein subjektiver, auf die konkrete Familie gerichteter Maßstab als möglich: Die Situation des Kindes oder des Jugendlichen kann mit der sonstiger Minderjähriger verglichen werden oder mit den individuellen Möglichkeiten des Betroffenen selbst.

Ein nach außen gerichteter Vergleich ist wiederum unter zwei verschiedenen Blickwinkeln denkbar: In Betracht kommt sowohl der Vergleich der konkreten Situation mit der einer (abstrakten) Idealfamilie als auch der mit einer „durchschnittlichen Normalfamilie“.

⁶⁸⁷ So etwa BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2010 – 1 BvR 374/09, NJW 2010, 2333; BGH, Beschluss vom 14. Juli 1956 – IV ZB 32/56, FamRZ 1956, 350, 351; Beschluss vom 15. Dezember 2004 – XII ZB 166/03, NJW 2005, 672, 673; OLG Hamm, Beschluss vom 10. Februar 2009 – 3 UF 48/08, FamRZ 2009, 1752 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Mai 2009 – 5 UF 224/08, NJW 2009, 3521, 3522; OLG Brandenburg, Beschluss vom 10. Juni 2010 – 9 UF 169/09, FamFR 2010, 357; *Olzen* in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 48; *Veit* in BeckOK BGB § 1666 Rz. 7; Kritisch zum Begriff *Röchling*, FamRZ 2007, 1775, 1776 ff.

⁶⁸⁸ *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 21; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 20; *Coester*, FamRZ 1991, 253, 255; *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 148.

⁶⁸⁹ *Tammen/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 8.

⁶⁹⁰ *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 5; *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 148.

⁶⁹¹ *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 21.

⁶⁹² *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 21.

Die Bestimmung des erzieherischen Bedarfs durch Gegenüberstellung mit einer Idealsituation würde dazu führen, dass nahezu jeder Personensorgeberechtigte Anspruch auf Hilfe zur Erziehung hätte, da ein insgesamt idealer Erziehungs- und Entwicklungszustand eines Minderjährigen zwar vorstellbar, aber selten zu verwirklichen ist. Dies entspräche nicht der Zielsetzung der Hilfe zur Erziehung. Sie ist nicht darauf gerichtet, umfassend einen Idealzustand von Erziehung und Entwicklung Minderjähriger herzustellen. Vielmehr geht die gesetzliche Konzeptionierung davon aus, dass die Eltern, denen durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die Pflege und Erziehung ihrer Kinder übertragen ist, diese Aufgabe in der Regel auch selbst aus eigenen Kräften erfüllen können.⁶⁹³ Zum Maßstab einer hinreichenden im Sinne von nicht-defizitären Erziehungssituation kann somit kein Zustand erhoben werden, der im Regelfall durch die Eltern selbst nicht geleistet werden kann. Bei einem derartigen Maßstab würden praktisch alle Eltern hinsichtlich ihrer Erziehungstätigkeit als unzureichend dastehen. Zudem stieße schon die Bestimmung der Qualitätsstandards einer abstrakten Idealfamilie auf Schwierigkeiten. Bei einem nach außen gerichteten Vergleich kann somit nicht auf einen derartigen Idealfall abgestellt werden,⁶⁹⁴ sondern es kommt nur ein Vergleich mit der durchschnittlichen Erziehungs- bzw. Entwicklungssituation Minderjähriger infrage.

Anstelle eines solchen nach außen gerichteten Vergleichs der konkreten Sozialisationssituation mit der durchschnittlichen Situation Minderjähriger in der Bundesrepublik oder ergänzend hierzu ist jedoch auch der Vergleich der aktuell bestehenden mit der für den konkreten Minderjährigen individuell möglichen Situation denkbar. Dies eröffnet die Möglichkeit, den Maßstab individuell zu verschieben. Für einen Minderjährigen, der etwa aufgrund besonderer Intelligenz oder Begabung ein außergewöhnlich hohes Entwicklungspotenzial aufweist, ließe sich eine erzieherische Mangellage auch dann bejahen, wenn ein durchschnittlicher Entwicklungsstand gegeben ist, dieser aber weit hinter den individuellen Möglichkeiten des Kindes oder des Jugendlichen zurückbleibt. Auch dies liefere jedoch im Ergebnis auf eine Verpflichtung der Jugendhilfe zu einer optimalen Förderung jedes Minderjährigen im Sinne eines Idealmodells hinaus, die mit der Hilfe zur Erziehung gerade nicht gegeben ist. Auf der anderen Seite eröffnet das Abstellen auf die individuellen Möglichkeiten des

⁶⁹³ BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233, 2237.

⁶⁹⁴ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 5; Kunkel, ZFJ 1998, 205, 206.

konkreten Minderjährigen bzw. seiner Familie die Anhebung der Anspruchsschwelle der Hilfe zur Erziehung. Neben dem Alter des Kindes oder des Jugendlichen, das naturgemäß bei der Frage nach einer erzieherischen Mangellage immer berücksichtigt werden muss und ohne dessen Zugrundelegung auch ein sinnvoller Vergleich mit anderen Minderjährigen nicht möglich ist, könnten bei einer derartigen Perspektive auch Kriterien wie Entwicklung des Minderjährigen und das Milieu herangezogen werden, in dem die Familie lebt.⁶⁹⁵

Eine solche Argumentation wäre jedoch unschlüssig. Nach ihr wäre ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung umso weniger gegeben, je unzureichender die Entwicklung des Minderjährigen und je problematischer sein soziales Umfeld ist. Bei der Untersuchung, ob der Entwicklungsstand des Minderjährigen eine erzieherische Mangellage erkennen lässt, kann die Entwicklung nicht an sich selbst gemessen werden. Ein geringer Entwicklungsstand kann nicht als Argument dafür herangezogen werden, dass der Betroffene sich auch mit einer unterdurchschnittlichen Entwicklung begnügen müsste. Er ist vielmehr gerade ein Indiz dafür, dass eine Mangelsituation besteht. Die Heranziehung des Milieus als Maßstab für die Frage nach einem erzieherischen Defizit erscheint ebenfalls nicht als überzeugend. Damit würde das Recht des Minderjährigen nach § 1 SGB VIII auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit auf den üblichen Standard im jeweiligen sozialen Umfeld reduziert und damit stark relativiert. Eine Unterstützung bei dem Aufstieg in eine andere gesellschaftliche Schicht als die der Eltern durch die Gewährung von Hilfe zur Erziehung wäre durch die Verneinung einer Mangelsituation von vornherein unmöglich. Als Argumentation für die Beurteilung der Frage einer Mangelsituation anhand der individuellen Situation des konkreten Minderjährigen und seiner Familie anstelle eines nach außen gerichteten Vergleichs wird angeführt, ein solcher Vergleich mit einer „erzieherischen Normalsituation“ bringe die Gefahr der Diskriminierung und Stigmatisierung mit sich. Er verkenne, dass anstelle einer so nicht eindeutig vorhandenen Normalsituation ein breites Spektrum von Normalität anzuerkennen sei.⁶⁹⁶

Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich hier bei § 27 Abs. 1 SGB VIII – im Gegensatz zum staatlichen Eingriffsrecht nach § 1666 BGB – um die

⁶⁹⁵ Diese Kriterien befürwortend *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 5; *Kunkel*, ZfJ 1998, 205, 206.

⁶⁹⁶ *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 24; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 20; *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 5.

Feststellung einer Anspruchsgrundlage für Leistungen handelt, die von den Betroffenen nur freiwillig in Anspruch genommen werden können.⁶⁹⁷ Wenn und soweit die Personensorgeberechtigten unterhalb der Eingriffsschwelle des § 1666 BGB den Sozialisationsstand des Kindes oder des Jugendlichen aufgrund ihres umfeldbedingten Verständnisses von Normalität als hinreichend begreifen, kommen Hilfen zur Erziehung nicht zum Tragen. Es geht nicht darum, Familien womöglich ein von schichtspezifischen Vorurteilen geprägtes Bild von Normalität aufzudrängen, sondern darum, Unterstützung bei der Verbesserung einer problematischen Entwicklung und Erziehung des Minderjährigen zu gewähren. Eine Diskriminierung kann im Gegenteil gerade darin gesehen werden, das Wohl des Minderjährigen aus milieuspezifischen Gründen bereits bei einer unterdurchschnittlichen Sozialisationslage als gewährleistet zu betrachten, weil diese in der betreffenden gesellschaftlichen Schicht üblich sei.

Die Frage nach einer erzieherischen Mangellage ist somit anhand eines Vergleichs mit der Gesamtheit der in der Bundesrepublik lebenden Minderjährigen derselben Altersgruppe zu beantworten. Danach liegt eine erzieherische Mangellage jedenfalls dann vor, wenn für einen wesentlichen Teil der zum Vergleich herangezogenen Minderjährigen Bedingungen gegeben sind, die für den konkreten Minderjährigen nicht vorliegen.⁶⁹⁸ Es kommt dabei auf das Vorliegen eines objektiven Mangels an, nicht dagegen auf subjektive Kriterien hinsichtlich der betroffenen Personen.⁶⁹⁹ So ist es unerheblich, ob für die Mangelsituation etwa Verschulden⁷⁰⁰ seitens der Personensorgeberechtigten oder erzieherisches Unvermögen, sozioökonomische (wirtschaftliche) Schwierigkeiten, ungünstige Einflüsse durch dritte Personen oder eine Behinderung des Minderjährigen ursächlich sind.⁷⁰¹

4.1.2.2 Sicherstellung des Wohls des Kindes oder des Jugendlichen durch Personensorgeberechtigte, die nicht Eltern des Minderjährigen sind

Bei der Frage, ob eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechende Erziehung gewährleistet ist, ist auf die Personen abzustellen, die zur Erziehung verpflichtet sind, d.h. auf die Personensorgeberechtigten. Nicht gewährleistet ist eine solche Erziehung also dann, wenn diese nicht die Gewähr bieten, eine entsprechende Erziehung zu leisten.⁷⁰² Dies gilt unabhängig von der Frage, ob sie zur Leistung einer solchen

⁶⁹⁷ Zur Problematik einer eventuell nur formalen Freiwilligkeit vgl. 6.1.1.

⁶⁹⁸ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 8.

⁶⁹⁹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 2.

⁷⁰⁰ Kunkel, ZfJ 1998, 205, 206.

⁷⁰¹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 21.

⁷⁰² Kunkel, ZfJ 1991, 145, 149.

Erziehung in der Lage wären, ihre Möglichkeiten aber nicht ausschöpfen, oder ob ihnen schon die Möglichkeit dazu fehlt.⁷⁰³

Problematisch ist allerdings die Verknüpfung des erzieherischen Bedarfs mit der Frage, ob die zur Erziehung verpflichteten Personen die Gewähr für eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung bieten, wenn die Personensorge bei einem Vormund oder Pfleger liegt. Voraussetzung für die Bestellung ist in jedem Fall, dass die betreffende Person zur Führung der Vormundschaft oder Pflegschaft geeignet ist. Ein von den Eltern bestimmter Vormund darf nach § 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB nur dann bestellt werden, wenn dies das Wohl des Minderjährigen nicht gefährden würde.

Erfolgt die Auswahl des Vormundes durch das Familiengericht, so soll das Gericht nach § 1779 Abs. 2 Satz 1 BGB eine Person auswählen, die zur Führung der Vormundschaft geeignet ist. Maßstab ist dabei das Wohl des Mündels.⁷⁰⁴ Hierbei hat das Gericht bei der Auswahl zwischen mehreren in Betracht kommenden geeigneten Personen den mutmaßlichen Willen der Eltern, die persönlichen Bindungen des Mündels, Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Mündel und sein religiöses Bekenntnis zu berücksichtigen. Ansonsten ist entscheidendes Kriterium bei der Auswahl, welche der infrage kommenden Personen das Wohl des Kindes am besten fördern kann.⁷⁰⁵ Für die Auswahl eines Pflegers gelten diese Vorschriften entsprechend (§ 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Auch die Bestellung eines Vereins zum Vormund setzt dessen Eignung voraus, die vom Landesjugendamt zu prüfen ist (§ 1791a Abs. 1 BGB). Das Jugendamt als sozialpädagogische Fachbehörde gilt ohne weitere Prüfung als geeignet zur Übernahme einer Vormundschaft (§§ 1791b, 1791c BGB). Es kommt somit in jedem Fall nur ein Vormund oder Pfleger infrage, der geeignet ist, das Wohl des Mündels sicherzustellen. Vor diesem Hintergrund könnte ein erzieherischer Bedarf des Minderjährigen verneint werden.⁷⁰⁶

Diese Auslegung wird jedoch dem Zweck der Hilfe zur Erziehung nicht gerecht, die im Ergebnis eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung gewährleisten soll. Wenn es in einem ersten Schritt hierzu erforderlich ist,

⁷⁰³ So für den Fall des Todes eines Elternteils VGH BY, Beschluss vom 30. Juni 2016 – 12 C 16.1162, juris Rz. 22 ff.; *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 149.

⁷⁰⁴ *Budzikiewicz* in Jauernig 2015 § 1779 Rz. 2.

⁷⁰⁵ *Kemper* in Schulze u.a. 2014 § 1779 Rz. 2.

⁷⁰⁶ So *Paul*, ZfF 1994, 76; *DIV*, DAVorm 1995, 336.

einen Pfleger oder Vormund zu bestellen – u.U. gerade weil die zuvor sorgeberechtigten Eltern eine Hilfe trotz Gefährdung des Minderjährigen ablehnen – stünde es im Widerspruch zu diesem Zweck, einen erzieherischen Bedarf nach Bestellung des Vormunds oder Pflegers abzulehnen, da dieser ja geeignet sei, das Wohl des Kindes selbst sicherzustellen. Darüber hinaus ist der Vormund im Rahmen seiner Personensorge nicht verpflichtet, die tatsächliche Betreuung und Erziehung seiner Mündel selbst zu übernehmen. Er ist nach §§ 1793, 1800, 1631 Abs. 1 BGB zwar verpflichtet, für die Person des Mündels und damit für seine Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung zu sorgen. Er ist dabei aber nicht zur Ausführung der tatsächlichen Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung in eigener Person verpflichtet. Er hat lediglich dafür zu sorgen, dass der Minderjährige seinem Wohl entsprechend durch andere gepflegt, erzogen und beaufsichtigt wird.⁷⁰⁷ Bei der Frage des erzieherischen Bedarfs muss daher darauf abgestellt werden, ob die vor der Bestellung des Vormunds oder des Pflegers verantwortlichen Eltern oder anderen Personensorgeberechtigten eine dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen förderliche Erziehung gewährleistet haben.⁷⁰⁸ Es kommt also im Ergebnis darauf an, ob die Mangelsituation infolge des erzieherischen Handelns bzw. Nichthandelns der Eltern des Kindes oder des Jugendlichen eingetreten ist, diese also nicht in der Lage sind, den Bedarf zu decken,⁷⁰⁹ oder Eltern des Kindes nicht (mehr) vorhanden sind.⁷¹⁰

Eine vergleichbare Konstellation liegt vor, wenn Verwandte des Kindes – in der Praxis zumeist die Großeltern – die Erziehung des Kindes sicherstellen. Für die Feststellung des erzieherischen Bedarfs i.S.v. § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII ist es unbeachtlich, ob dritte Personen wie etwa Verwandte den Bedarf des Kindes im Einvernehmen mit den Eltern freiwillig decken. Dadurch kann nicht der Bedarf als solcher entfallen, der aus der Mangelsituation in der Herkunftsfamilie herrührt, sondern allenfalls die Notwendigkeit seiner Deckung durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe.⁷¹¹

⁷⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1995 – 5 C 2/94, NJW 1996, 2385, 2386.

⁷⁰⁸ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 16; Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 38; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 20; Kunkel, ZfF 1995, 7.

⁷⁰⁹ BVerwG, Urteil vom 09. Dezember 2014 – 5 C 32.13, JAm 2015, 217, 218.

⁷¹⁰ VGH BY, Beschluss vom 30. Juni 2016 – 12 C 16.1162, juris Rz. 22 ff. zum Anspruch bei Tod eines Elternteils.

⁷¹¹ BVerwG, Urteil vom 09. Dezember 2014 – 5 C 32.13, JAm 2015, 217, 218 f.

4.2 Eignung der Hilfe

Nach § 27 Abs. 1 SGB VIII besteht ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist. Weiteres Tatbestandsmerkmal ist somit die Eignung der Hilfe. Hiermit wird zunächst gefordert, dass Hilfe zur Erziehung generell geeignet sein muss, die bestehende Mangellage zu beheben oder jedenfalls günstig zu beeinflussen. Gerade das sozialpädagogische Instrumentarium der Jugendhilfe muss sich dazu eignen.⁷¹² Es darf sich also um keine Mangelsituation handeln, die etwa die ausschließliche Gewährung materieller Leistungen⁷¹³ oder medizinischer Maßnahmen erfordert. Ebenso fehlt es an der Eignung, wenn nur schulische oder nur berufliche Hilfen zu leisten sind.⁷¹⁴ Insofern wirkt der Begriff der Eignung zunächst als Abgrenzungskriterium der Hilfe zur Erziehung nach „außen“,⁷¹⁵ d.h. anderen Sozialleistungen gegenüber.

Über die generelle Eignung von irgendeiner Hilfe zur Erziehung hinaus fordert § 27 Abs. 1 SGB VIII auch die Eignung der Hilfe im konkreten Einzelfall. Da die Hilfe die Personensorgeberechtigten in ihrer Erziehungsarbeit unterstützen soll, ist eine Hilfe nicht geeignet, wenn es an ihrer Mitwirkungsbereitschaft fehlt.⁷¹⁶

Zudem wirkt der Begriff der Eignung neben seiner Abgrenzungsfunktion nach „außen“ auch nach „innen“, legt also fest, dass Anspruch auf eine konkret geeignete Hilfe besteht.⁷¹⁷ Anspruch auf eine bestimmte Hilfeart ist gegeben, wenn diese bezogen auf den spezifischen Erziehungsbedarf für die Entwicklung des Minderjährigen geeignet ist.⁷¹⁸ Geeignet ist diejenige Hilfe, die prognostisch die Einschätzung erlaubt, dass mit ihr die konkrete erzieherische Mangellage am besten behoben werden kann.⁷¹⁹

⁷¹² Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 23.

⁷¹³ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 26; Tammen/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 10.

⁷¹⁴ Mündler, ZfJ 1991, 285, 291.

⁷¹⁵ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 18, 26 f.

⁷¹⁶ Kunkel, ZfJ 1998, 205, 206.

⁷¹⁷ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 28.

⁷¹⁸ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 28.

⁷¹⁹ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 28.

4.3 Notwendigkeit der Hilfe

Als letztes Tatbestandsmerkmal fordert § 27 Abs. 1 SGB VIII, dass die Hilfe notwendig ist. Auch der Begriff der Notwendigkeit, wie bereits der der Eignung, betrifft sowohl die Gewährung von Hilfe zur Erziehung generell als auch die Gewährung einer konkret im Einzelfall ins Auge gefassten Hilfeart.

Zunächst muss Hilfe zur Erziehung erforderlich sein, um eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechende Erziehung zu leisten. Dies ist nicht der Fall, wenn die Personensorgeberechtigten mit zumutbarem Aufwand selbst in der Lage sind, die erforderliche erzieherische Leistung zu erbringen.⁷²⁰ Auch wenn die bestehende Mangellage allein durch ein anderes zur Verfügung stehendes Instrumentarium, wie etwa die Betreuung in einer Tageseinrichtung nach §§ 22 ff. SGB VIII oder durch Tagespflege nach § 23 SGB VIII, behoben werden kann, fehlt es an der Notwendigkeit der speziellen pädagogischen Unterstützung in Form der Hilfe zur Erziehung.⁷²¹

Zudem muss sich die konkret geplante Hilfe zur Erziehung im Einzelfall prognostisch als notwendig erweisen. Insofern besteht eine Parallele zum Begriff der Erforderlichkeit im verwaltungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser ist als Kriterium der Eingriffsverwaltung im Leistungsrecht der Hilfe zur Erziehung nicht anwendbar.⁷²² Die verschiedenen Hilfearten, wie sie insbesondere beispielhaft in den §§ 28 bis 35 SGB VIII dargestellt werden, stellen jedoch eine Rangfolge unterschiedlich gravierender Einwirkungen in die Familie dar.⁷²³ Der Begriff der Notwendigkeit fordert in diesem Zusammenhang, dass bei Eignung verschiedener infrage kommenden Hilfen diejenige zu wählen ist, die mit den geringsten Einwirkungen verbunden ist.⁷²⁴ Kann der erzieherischen Mangellage also etwa durch eine Unterstützung innerhalb der Familie begegnet werden, so erweist sich eine Fremdunterbringung des Minderjährigen nicht als notwendig.

Die Notwendigkeit von Hilfe zur Erziehung ist oft verneint oder zumindest an weitere Voraussetzungen geknüpft worden, wenn das Kind auf freiwilliger Basis – zumeist im Einvernehmen mit den Eltern – bei dritten Personen, insbesondere Verwandten, auf-

⁷²⁰ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 30 mit dem Beispiel des Verzichts der Eltern auf eine gleichzeitige längere Urlaubsreise.

⁷²¹ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 30.

⁷²² Vgl. 2.2.

⁷²³ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 12; Kunkel, ZfJ 1998, 205, 206.

⁷²⁴ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 31.

genommen und von ihnen betreut und erzogen wird. Es handelt sich hierbei um mehr als 70.000 Kinder und Jugendliche, die teils mit, teils ohne Beteiligung des Jugendamts zu einem gegebenen Zeitraum jeweils von Verwandten über Tag und Nacht betreut werden.⁷²⁵ Zumeist geht es hierbei um die Großeltern bzw. einen Großelternanteil des Kindes.

Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Kinder und Jugendliche im Rahmen von Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege⁷²⁶ bei ihren Großeltern leben können, ist über viele Jahre hinweg kontrovers diskutiert worden. Unabhängig von der Frage, ob es sich dabei um den Vormund oder Pfleger des Kindes handelt oder nicht, haben Teile der Rechtsprechung bis hin zum Bundesverwaltungsgericht zunächst seit den 1990er Jahren einen erzieherischen Bedarf des Kindes verneint. Das Bundesverwaltungsgericht führt in seinem Urteil vom 12. September 1996 hierzu aus: *„Der Umstand, daß ein Kind Eltern hat, die seinem Anspruch auf Pflege und Erziehung in eigener Person nicht gerecht werden, bewirkt ... nicht notwendig, daß sein erzieherischer Bedarf ohne Hilfe zur Erziehung ungedeckt ist. Denn die erforderliche Betreuung und Erziehung minderjähriger Kinder kann ... auch ohne öffentliche Jugendhilfe z.B. durch einen Vormund oder einen Verwandten geleistet werden. Deckt ein Verwandter im Einvernehmen mit dem Personensorgeberechtigten den erzieherischen Bedarf des Kindes bzw. Jugendlichen unentgeltlich, scheitert ein Anspruch des Personensorgeberechtigten auf öffentliche Jugendhilfe am fehlenden Bedarf; Hilfe zur Erziehung ist nicht ‚notwendig‘ i.S. von § 27 Absatz I SGB VIII.“*⁷²⁷ Speziell im Hinblick auf die Großeltern wird argumentiert, dass diese als in gerader Linie mit dem Kind verwandte Personen ihre nach § 1601 BGB bestehende Unterhaltspflicht auch dadurch erfüllen könnten, dass sie das Kind mit Einwilligung der Eltern zu sich nähmen, versorgten und betreuten.⁷²⁸ Das Gericht folgert daraus, dass ein erzieherischer Bedarf erst dann eintritt, wenn der Großelternanteil nicht (mehr) zur unentgeltlichen Betreuung des Kindes bereit sei *„und den Personensorgeberechtigten bzw. das Pflegekind ernsthaft vor die Alternative stellt, für seine, der Pflegeperson, Entlohnung zu sorgen oder auf seine Betreuungsdienste verzichten zu müssen“*.⁷²⁹ Für den Fall der unterhaltsrechtlichen Leistungsunfähigkeit der Eltern bei Leistungsfähigkeit der Großeltern, die sich dafür entscheiden, das Kind selbst zu

⁷²⁵ Blandow/Küfner in Kindler u.a. 2010, 745 f.

⁷²⁶ Zur Familie der Großeltern als „anderer Familie“ i.S.d. § 33 SGB VIII etwa BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1995 – 5 C 2/94, NJW 1996, 2385 f.; Happ, NJW 1998, 2409, 2410.

⁷²⁷ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831, 2832.

⁷²⁸ So auch BVerwG, Urteil vom 04. September 1997 – 5 C 11/96, FamRZ 1998, 551 f.

⁷²⁹ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831, 2832.

versorgen und zu erziehen, schließt das Gericht einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung und damit auch der Annexleistung zum Unterhalt des Kindes nach § 39 SGB VIII aus. Als Begründung wird angeführt, im Falle der Unterhaltspflicht und Leistungsfähigkeit könnten die Großeltern für die Betreuung und Erziehung des Kindes kein Entgelt verlangen.⁷³⁰ Zudem wirft das Gericht die Frage auf, ob die Großeltern mit dem Begehren auf (weitere) Gewährung von Jugendhilfeleistungen in Form von Hilfe zur Erziehung tatsächlich die Bereitschaft zur unentgeltlichen Pflege der Enkelkinder zurückziehen wollten oder ob sie lediglich ihren Willen bekundet hätten, in den Genuss wirtschaftlicher Jugendhilfe zu kommen. Nach Auffassung des Gerichts kann die Bereitschaft zur unentgeltlichen Pflege der Enkelkinder nach der Lebenserfahrung aufgrund der engen familiären Verbundenheit zwischen Großeltern und ihren Enkeln regelmäßig erwartet werden.⁷³¹

Die genannte Rechtsprechung ist in der Literatur verschiedentlich kritisiert worden.⁷³² Die Kritik stützt sich wesentlich darauf, es verkenne den sozialpädagogischen Charakter der Hilfe zur Erziehung, die Frage der Entgeltlichkeit der Erziehung durch dritte Personen zum Ausgangspunkt der Frage nach dem erzieherischen Bedarf zu machen, während die wirtschaftliche Seite der Hilfe gesetzlich einen bloßen Annex zur Hilfe nach § 27 SGB VIII darstelle.⁷³³ Zudem werde der Nachrang der öffentlichen Jugendhilfe gegenüber dem Unterhaltsrecht durch die Regelungen zur Kostenbeteiligung in den §§ 90 ff. SGB VIII sichergestellt und spiele bei der Frage der Anspruchsberechtigung keine Rolle.⁷³⁴ Das Urteil werde den Sporbemühungen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe, nicht jedoch der Lebenswirklichkeit und dem Wohl der betroffenen Kinder gerecht.⁷³⁵ Das Gericht habe sich bei dem Bestreben, dem, was seiner Auffassung nach aufgrund der Lebenserfahrung von Großeltern erwartet werden könne, einen rechtlichen Rahmen zu geben, von den gesetzlichen Bestimmungen entfernt.⁷³⁶

Auch die Rechtsprechung ist der Position des Bundesverwaltungsgerichts nicht in allen Punkten gefolgt. So führt das Verwaltungsgericht Hamburg in seinem Urteil

⁷³⁰ So auch BVerwG, Urteil vom 04. September 1997 – 5 C 11/96, FamRZ 1998, 551, 552.

⁷³¹ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831, 2832; so auch Urteil vom 04. September 1997 – 5 C 11/96, FamRZ 1998, 551, 552.

⁷³² So etwa Grube, ZfJ 1997, 361, 366 ff.; Zeitler, NDV 1997, 249 f.; Fischer/Mann, FuR 1998, 201 ff.; Happ, NDV 1998, 340 ff.; ders., NJW 1998, 2409 ff.; Tammen, UJ 2004, 391, 392 f.

⁷³³ Ähnlich Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 36; Happ, NJW 1998, 2409, 2410.

⁷³⁴ Happ, NJW 1998, 2409, 2410 f.; Tammen, UJ 2004, 391, 393.

⁷³⁵ Lakies, Jugendhilfe 1997, 371, 373.

⁷³⁶ Happ, NJW 1998, 2409, 2411.

vom 19. November 2002⁷³⁷ aus, die fehlende Bereitschaft zu unentgeltlicher Pflege sei regelmäßig dann anzunehmen, wenn das Begehren auf Hilfe zur Erziehung nachhaltig und ernsthaft verfolgt werde. Es könne von den pflegenden Großeltern nicht erwartet werden, ihre fehlende Bereitschaft zu unentgeltlicher Pflege durch tatsächliche Beendigung ihrer Betreuungsdienste unter Beweis zu stellen, da dies regelmäßig nicht zum Wohle des betroffenen Kindes wäre und ein Zeichen mangelnden Verantwortungsgefühls. Das Einfordern von Hilfe zur Erziehung durch Großeltern sei nicht als Ausdruck fehlender familiärer Solidarität zu werten, sondern als Wahrnehmung einer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit, die nach den Vorschriften der §§ 27, 33 SGB VIII gesetzlich vorgesehen sei.⁷³⁸

Die genannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vermengt Aspekte des zivilrechtlichen Unterhaltsrechts mit den Leistungsvoraussetzungen der Hilfe zur Erziehung. Das Gericht lässt mit der Entscheidung, unterhaltspflichtige und -fähige Großeltern könnten ihr Enkelkind nicht im Rahmen von Hilfe zur Erziehung im Rahmen von §§ 27, 33 SGB VIII in ihren Haushalt aufnehmen, die Regelung zur Kostenbeteiligung nach § 92 SGB VIII leerlaufen.⁷³⁹ Zwar bleiben nach § 10 Abs. 1 SGB VIII Verpflichtungen anderer und somit auch unterhaltsrechtliche Verpflichtungen unberührt, womit der Nachrang der öffentlichen Jugendhilfe betont wird. Die konkreten Regelungen dazu, wie der Nachrang der öffentlichen Jugendhilfe zu gewährleisten ist, ergeben sich jedoch aus §§ 90 ff. SGB VIII.⁷⁴⁰ Für die Beteiligung an den Kosten von Hilfe zur Erziehung treffen die §§ 91 ff. SGB VIII eine abschließende Regelung, die nicht parallel zur zivilrechtlichen Regelung der Unterhaltspflicht nach dem BGB verläuft. Aus § 91 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 92 Abs. 1 SGB VIII ergibt sich, dass nur das Kind oder der Jugendliche selbst, ggf. sein Ehe- oder Lebenspartner und seine Eltern zu den Kosten der Vollzeitpflege heranzuziehen sind. Im Fall der Unterbringung des Kindes in einer anderen Pflegefamilie könnten somit nur diese, nicht aber die Großeltern des Kindes zu den Kosten herangezogen werden. Eine Überleitung von Ansprüchen gegen einen nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen, die zur Zeit der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts noch in

⁷³⁷ VG Hamburg, Urteil vom 19. November 2002 – 13 VG 2523/2002, NJW 2003, 2698 f.; dazu Anmerkung von *Tammen*, UJ 2004, 391 ff.

⁷³⁸ VG Hamburg, Urteil vom 19. November 2002 – 13 VG 2523/2002, NJW 2003, 2698, 2699.

⁷³⁹ *Tammen*, UJ 2004, 391, 393.

⁷⁴⁰ *Happ*, NJW 1998, 2409, 2411.

§ 96 a.F. SGB VIII⁷⁴¹ geregelt war, war ebenfalls nicht gegenüber den Großeltern möglich. Durch die Argumentation des Gerichts wurde das Kind entgegen der Gesetzessystematik vorrangig auf die zivilrechtlich Unterhaltsverpflichteten verwiesen, die ihrerseits aber zur Finanzierung von Jugendhilfeleistungen gar nicht beitragen mussten. Damit stand die Rechtsprechung im Widerspruch zum SGB VIII, das die Leistung von Hilfe zur Erziehung gerade von der Leistung anderer unterhaltspflichtiger Personen als der Eltern unabhängig machen sollte.⁷⁴² Zudem entstanden aus der Verknüpfung des erzieherischen Bedarfs mit der Unterhaltspflicht der Großeltern Anwendungsprobleme, da neben den pädagogisch geprägten Voraussetzungen der Hilfe zur Erziehung auch die Unterhaltsverpflichtung der in Rede stehenden Großeltern im konkreten Fall zu prüfen war.⁷⁴³ Darüber hinaus erscheint die Grundannahme des Gerichts, nach der Lebenserfahrung könne generell eine unentgeltliche Betreuung und Erziehung von Kindern durch ihre Großeltern erwartet werden, bereits als zweifelhaft. Überzeugend ist demgegenüber die Argumentation des VG Hamburg, die klarstellt, dass für die Geltendmachung von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zum Einfordern von Hilfe zur Erziehung einschließlich der begleitenden Unterhaltsleistungen nach § 39 SGB VIII von Großeltern nicht verlangt werden kann, anzukündigen, das Kind in verantwortungsloser Weise durch Aussetzen der Betreuung sich selbst zu überlassen.⁷⁴⁴

Der Gesetzgeber reagierte auf die restriktive Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, indem er unter ausdrücklicher Bezugnahme darauf⁷⁴⁵ mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK) zum 1. Oktober 2005 § 27 Abs. 2a SGB VIII einfügte. Nach dieser Regelung entfällt ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nicht dadurch, dass eine dem Kind gegenüber unterhaltspflichtige Person bereit ist, dieses außerhalb des Elternhauses zu erziehen. Durch die Regelung soll Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege im Interesse des Kindes oder Jugendlichen auch für Großeltern offen

⁷⁴¹ Die Vorschrift wurde im Rahmen der Reform der Kostenbeteiligung durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK) am 01. Oktober 2005 aufgehoben, mit der eine Konzentration der Heranziehung auf den öffentlich-rechtlichen Kostenbeitrag erfolgte.

⁷⁴² Tammen, UJ 2004, 391, 393.

⁷⁴³ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung und zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Tagesbetreuungsausbaugesetz – TAG), BT-Drucks. 15/3676, 35 f.; Münder u.a. FK-SGB VIII 2006 § 27 Rz. 24.

⁷⁴⁴ Tammen, UJ 2004, 391, 393.

⁷⁴⁵ BT-Drucks. 15/3676, 35, Ursprünglich war die Regelung inhaltlich mit dem TAG verbunden.

gehalten werden.⁷⁴⁶ Im Rahmen des Tagesbetreuungsausbaugesetzes (TAG) wurde zudem § 10 Abs. 2 SGB VIII eingefügt, wonach unterhaltspflichtige Personen nach Maßgabe der §§ 90 bis 97b SGB VIII an den Kosten für Leistungen nach dem Gesetz beteiligt werden. Die Regelung dient zur Klarstellung, dass unterhaltspflichtige Personen im Rahmen der §§ 90 ff. SGB VIII zu den Kosten herangezogen werden *„und verdeutlicht zugleich, dass die Leistungen der Jugendhilfe unabhängig von einer Unterhaltsverpflichtung gewährt werden“*.⁷⁴⁷

Parallel zur Einfügung von § 27 Abs. 2a SGB VIII wurde in § 39 Abs. 4 SGB VIII die Regelung ergänzt, dass der monatliche Pauschalbetrag zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen angemessen gekürzt werden kann, wenn die Pflegeperson unterhaltspflichtig ist. Hiermit sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass Großeltern aufgrund ihrer unterhaltsrechtlichen und verwandtschaftlichen Pflichtenposition dem Kind gegenüber von der staatlichen Gemeinschaft nicht ohne Weiteres dieselbe finanzielle Honorierung für ihre Betreuungs- und Erziehungsleistungen erwarten dürfen wie Pflegepersonen, die dem Minderjährigen nicht so eng verbunden sind.⁷⁴⁸ Nachdem diese Formulierung zu Unklarheiten geführt hatte,⁷⁴⁹ wurde die Regelung mit dem Kinderförderungsgesetz (KiföG) dahingehend konkretisiert, dass sich die mögliche Kürzung nur auf den Sachaufwand bezieht, nicht jedoch auf die Kosten der Pflege und Erziehung, und dass sie nur infrage kommt, wenn die Großeltern unterhaltsrechtlich leistungsfähig sind.⁷⁵⁰

Auf der Grundlage der genannten Regelungen wurde durch die Rechtsprechung zunächst weiterhin ein Bedarf an Hilfe zur Erziehung abgelehnt, wenn ein Verwandter den erzieherischen Bedarf des Kindes bzw. Jugendlichen unentgeltlich deckte. Ein Bedarf wurde nur dann bejaht, wenn die Großeltern ihre Bereitschaft zur unentgeltlichen Pflege ihres Enkelkindes zurückzogen und diese sowie das Jugendamt ernsthaft vor die Alternative stellten, für ihre Entlohnung zu sorgen oder auf ihre

⁷⁴⁶ BT-Drucks. 15/3676, 35 f.

⁷⁴⁷ BT-Drucks. 15/3676, 31.

⁷⁴⁸ BT-Drucks. 15/3676, 36.

⁷⁴⁹ So etwa *Münder u.a.* FK-SGB VIII 2006 § 39 Rz. 25.

⁷⁵⁰ Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG), BT-Drucks. 16/9299, 16 f.

Betreuungsdienste verzichten zu müssen.⁷⁵¹ Teilweise wurde eine derartige Ablehnung der weiteren Betreuung und Erziehung des Kindes dann nicht verlangt, wenn die Großeltern wirtschaftlich nicht in der Lage waren, Unterhalt für das Kind zu leisten.⁷⁵²

Das Bundesverwaltungsgericht hat schließlich mit Urteil vom 09. Dezember 2014 entschieden, dass Großeltern als Personensorgeberechtigte gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen Anspruch auf Übernahme der Aufwendungen für die Vollzeitpflege von Enkelkindern (§§ 27 Abs. 1, 33, 39 SGB VIII) auch dann haben können, wenn sie das Jugendamt nicht ernsthaft vor die Alternative stellen, für ihre Entlohnung zu sorgen oder auf ihre Betreuungsdienste zu verzichten.⁷⁵³ Das Gericht führt aus, an die Notwendigkeit der Hilfe seien im Fall der Verwandtenpflege, und dabei auch der Pflege durch die Großeltern des Kindes, keine erhöhten Anforderungen zu stellen und rückt damit ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung ab.⁷⁵⁴ Es hält nicht daran fest, dass Bereitschaft zur unentgeltlichen Pflege der Enkelkinder in rechtlich relevanter Weise *„aufgrund der engen familiären Verbundenheit zwischen Großeltern und ihren Enkeln regelmäßig erwartet werden“*⁷⁵⁵ könne. Zudem wird die Entscheidung mit dem Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1 SGB VIII begründet, da die bislang von der Rechtsprechung geforderte Ablehnung der weiteren unentgeltlichen Betreuung des Kindes unter dem Aspekt des Kindeswohls gerade die Eignung der Pflegepersonen infrage stelle. Darüber hinaus hält das Gericht die bisherige Rechtsprechung für unvereinbar mit der eindeutigen Aussage von § 27 Abs. 2a SGB VIII, die Verwandtenpflege gerade unter erleichterten Bedingungen zuzulassen.⁷⁵⁶

Insofern hat die Bereitschaft von Verwandten, das Kind in ihren Haushalt aufzunehmen, keine Auswirkungen mehr auf die Notwendigkeit der Hilfe. Eine eventuelle Unterhaltspflicht und Leistungsfähigkeit der Pflegeperson kann lediglich nach § 39 Abs. 4 Satz 4 SGB VIII zur angemessenen Kürzung der monatlichen finanziellen Leistungen für den Sachaufwand des Kindes führen.

⁷⁵¹ So etwa OVG RP, Urteil vom 27. Juni 2013 – 7 A 10040/13, EuG 2014, 73 ohne Einschränkung auf den Fall der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit der Großeltern mit der Begründung, die Betreuung von Enkelkindern als solche sei nicht mit Kosten verbunden und der Lebensunterhalt des Kindes könne anderweitig sichergestellt werden.

⁷⁵² OVG SN, Beschluss vom 28. Mai 2009 – 1 A 54/08, NJW-RR 2010, 584.

⁷⁵³ BVerwG, Urteil vom 09. Dezember 2014 – 5 C 32.13, JAmt 2015, 217 ff.

⁷⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 09. Dezember 2014 – 5 C 32.13, JAmt 2015, 217, 219.

⁷⁵⁵ So noch BVerwG, Urteil vom 04. September 1997 – 5 C 11/96, FamRZ 1998, 551, 552.

⁷⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 09. Dezember 2014 – 5 C 32.13, JAmt 2015, 217, 220 f.; so auch VGH BY, Beschluss vom 30. Juni 2016 – 12 C 16.1162, juris Rz. 27.

In der Praxis fehlt es teilweise noch an der Information von Großeltern oder sonstigen Angehörigen über die Möglichkeit, die Betreuung und Erziehung eines mit ihnen verwandten Kindes in Form von Hilfe zur Erziehung zu erbringen. So berichtet etwa der Bürgerbeauftragte des Landes Mecklenburg-Vorpommern in seinen Unterrichten für die Jahre 2011, 2012, 2013 und 2015 jeweils von derartigen Fällen, in denen ihn die Betroffenen um Hilfe baten. In dem dem Bericht für das Jahr 2012 zugrunde liegenden Fall⁷⁵⁷ hatten sich Großeltern hilfesuchend an den Bürgerbeauftragten gewandt, die bereits mehrere Jahre zuvor ihren Enkel in ihren Haushalt aufgenommen hatten, dessen Mutter das Kind ablehnte. Die Familie war ergänzend auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II angewiesen und hatte daher geringe finanzielle Mittel zur Verfügung. Das Kind erhielt Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII in Höhe von 234,19 Euro einschließlich der Miet- und Heizkosten.⁷⁵⁸ In dem Bericht des Bürgerbeauftragten heißt es: *„Das Jugendamt wusste um die Probleme in der Familie, sah aber keine Notwendigkeit zu helfen. Leistungen der Hilfe zur Erziehung wurden mit dem Argument abgelehnt, dass die Großmutter nicht anspruchsberechtigt sei.“*⁷⁵⁹ Ein Hinweis darauf, dass jedoch die Mutter des Kindes als Personensorgeberechtigte anspruchsberechtigt war, erfolgte nicht. In einem weiteren durch den Bürgerbeauftragten berichteten Fall⁷⁶⁰ wurde den Großeltern, die ihre jugendliche Enkelin nach der Zwangsräumung der Wohnung ihrer alleinerziehenden Mutter in ihren Haushalt aufgenommen hatten, Unterstützung durch das Jugendamt verweigert.⁷⁶¹ Fachkräfte des Jugendamts hatten das Mädchen nach der Zwangsräumung zu den Großeltern gebracht, da der Aufenthaltsort der Mutter unbekannt war und auch blieb.⁷⁶² In einem dritten Fall⁷⁶³ lehnte das Jugendamt die Unterstützung eines Ehepaars ab, das als Tante und Onkel drei Geschwister im Alter von acht, sieben und vier Jahren nach dem Tod ihrer Mutter für mehrere Jahre in ihren Haushalt aufgenommen hatten.⁷⁶⁴ Die Möglichkeit, bei ihrem Vater zu leben, bestand für die Kinder nicht. Auch hier bezogen die Pflegeeltern Leistungen nach dem SGB II. Der Lebensunterhalt der Kinder wurde durch Kindergeld,

⁷⁵⁷ Bürgerbeauftragter M-V 2012, LT-Drucks. 6/1726, 42 f.

⁷⁵⁸ Bürgerbeauftragter M-V 2012, LT-Drucks. 6/1726, 43.

⁷⁵⁹ Bürgerbeauftragter M-V 2012, LT-Drucks. 6/1726, 43.

⁷⁶⁰ Bürgerbeauftragter M-V 2011, LT-Drucks. 6/558, 26 ff.

⁷⁶¹ Bürgerbeauftragter M-V 2011, LT-Drucks. 6/558, 26: *„In der Folgezeit suchte die Petentin gemeinsam mit ihren Großeltern Unterstützung beim Jugendamt, fragte nach Hilfsmöglichkeiten und Beratungsgesprächen. Die Petentin und deren Großeltern sind weder finanziell noch anderweitig durch das Jugendamt unterstützt worden.“*

⁷⁶² Bürgerbeauftragter M-V 2011, LT-Drucks. 6/558, 26.

⁷⁶³ Bürgerbeauftragter M-V 2013, LT-Drucks. 6/2866, 51 f.

eine geringe Halbwaisenrente und einen geringen Anteil am Wohngeld bestritten.⁷⁶⁵ Für das Jahr 2015 berichtet der Bürgerbeauftragte erneut von Großeltern, die ihre Enkel in den Haushalt aufgenommen hatten und vom Jugendamt lückenhaft beraten und teilweise falsch informiert wurden.⁷⁶⁶ In allen Fällen erkannten die jeweiligen Jugendämter erst nach Aufforderung zum Tätigwerden durch den Bürgerbeauftragten die Betreuung durch die Verwandten als Vollzeitpflege an und erbrachten die Leistung.

Es kann nach den Erfahrungen aus der Praxis nicht von einer vollständigen Umsetzung der gesetzlichen Regelungen ausgegangen werden.

⁷⁶⁴ Bürgerbeauftragter M-V 2013, LT-Drucks. 6/2866, 52: „Die Eheleute baten das Jugendamt um Hilfe. Das Amt erklärte sich aber für unzuständig. Eine weitere Beratung und Unterstützung erfolgte nicht.“

⁷⁶⁵ Bürgerbeauftragter M-V 2013, LT-Drucks. 6/2866, 51.

⁷⁶⁶ Bürgerbeauftragter M-V 2015, LT-Drucks. 6/5290, 47: „Auch 2015 meldeten sich Großeltern, die seit mehreren Jahren Enkel betreuen. Sie erhielten vom Jugendamt die unzutreffende Auskunft, dass eine Anerkennung als Pflegeperson generell nicht möglich sei. ... In einem Fall sprach eine Großmutter sogar mehrfach erfolglos im Jugendamt vor.“

5 Hilfe zur Erziehung im Kontext von vorhandenen familiengerichtlichen Eingriffen in die elterliche Sorge nach §§ 1666, 1666a BGB

Indem § 27 SGB VIII ebenso wie § 1666 BGB das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen zum Zentrum hat, gibt es weite Überschneidungsbereiche zwischen beiden Normen.⁷⁶⁷ Während nicht in jedem Fall, der unter § 27 SGB VIII fällt, auch eine Kindeswohlgefährdung nach § 1666 Abs. 1 BGB vorliegt, sind doch in jedem Fall der Kindeswohlgefährdung auch die Voraussetzungen der Hilfe zur Erziehung gegeben, da eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist.⁷⁶⁸ § 1666 Abs. 1 BGB gewährt dem Familiengericht die Befugnis zu Eingriffen in die elterliche Sorge unter der Voraussetzung, dass das Wohl des Minderjährigen gefährdet ist und die Sorgeberechtigten und -verpflichteten nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwehren. Sind die Eltern im Falle der Kindeswohlgefährdung bereit, eine geeignete und notwendige Hilfe zur Erziehung anzunehmen, so sind sie damit auch bereit, die bestehende Gefahr im Sinne des § 1666 BGB abzuwenden. Es kommt daher nicht zu Maßnahmen des Familiengerichts zum Schutz des Kindeswohls und damit nicht zu Eingriffen in die Elternrechte. Wird geeignete und notwendige Hilfe zur Erziehung hingegen durch die Eltern abgelehnt oder erweist sie sich als nicht ausreichend, die bestehende Gefährdungssituation zu beenden, kommt es zu Maßnahmen des Familiengerichts nach §§ 1666, 1666a BGB.⁷⁶⁹ Diese Maßnahmen können darauf gerichtet sein, die Gewährung von Hilfe zur Erziehung für ein Kind auch gegen den Willen der Eltern zu ermöglichen. In diesem Fall ist die Hilfe aus der Perspektive der Eltern nicht mehr als freiwillig in Anspruch genommene Leistung zu begreifen, sondern sie wird durch einen Eingriff des Familiengerichts in das elterliche Erziehungsrecht realisiert.

In diesem Zusammenhang ist zunächst von Bedeutung, ob die in jüngerer Zeit erfolgte Gesetzesänderung durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls eine Absenkung der Eingriffsschwelle des Familiengerichts bewirkt hat. Dies würde bedeuten, dass die Hilfe leichter und damit auch häufiger gegen den Willen der Eltern erbracht werden könnte, was ihren Leistungscharakter einschränken könnte. Zudem ist von Bedeutung, durch welche der in

⁷⁶⁷ Tammen in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 35 f.; zu den Voraussetzungen von § 27 Abs. 1 SGB VIII im Verhältnis zu § 1666 BGB ausführlich 4.1.2.

⁷⁶⁸ Mündler/Tammen 2002, 57.

⁷⁶⁹ Coester in Staudinger § 1666 Rz. 151; Röchling 1997, 239; Mündler/Ernst/Behlert 2013, 219.

§ 1666 Abs. 3 BGB genannten familiengerichtlichen Maßnahmen sich die Gewährung von Hilfe zur Erziehung gegen den Willen der Eltern realisieren lässt.

5.1 Auswirkungen der Änderungen durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls

Gemäß § 1666 Abs. 1 BGB trifft das Familiengericht bei Kindeswohlgefährdung die zur Abwehr der Gefahr erforderlichen Maßnahmen. Die Regelung des § 1666 BGB wurde mit dem Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls⁷⁷⁰ vom 04. Juli 2008 zum 12. Juli 2008 maßgeblich geändert. In der zuvor geltenden Fassung vom 01. Januar 2002⁷⁷¹ lautete § 1666 Abs. 1 BGB: *„Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Familiengericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.“* Absatz 2 enthielt Ausführungen zur Gefährdung des Vermögens des Kindes. Absatz 3 besagte: *„Das Gericht kann Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge ersetzen.“* Absatz 4 lautete: *„In Angelegenheiten der Personensorge kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.“*

Da die betreffenden Maßnahmen mit Ausnahme der Ersetzung der Erklärung des Inhabers der elterlichen Sorge und der Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten gesetzlich nicht definiert oder benannt wurden, stand den Familiengerichten rechtlich ein uneingeschränktes Spektrum von Möglichkeiten zur Verfügung, aus dem die im Einzelfall erforderliche Maßnahme ausgewählt werden konnte. Im Zusammenhang mit § 27 SGB VIII wurden als mögliche Maßnahmen zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB insbesondere Auflagen, die Ersetzung von Erklärungen der Eltern, der Entzug einzelner Teile der Personensorge, der gesamten Personensorge oder im äußersten Fall der gesamten elterlichen Sorge angesehen.⁷⁷² In der Praxis stellte der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts oder der Personensorge die bei weitem häufigste Entscheidung der Gerichte im Rahmen des § 1666 BGB dar.⁷⁷³

⁷⁷⁰ BT-Drucks. 16/6815, 16/8914, BGBl. I 2008, 1188.

⁷⁷¹ Zur Rechtsentwicklung bis zum Inkrafttreten des SGB VIII Röchling 1997, 5 ff.

⁷⁷² Münder 1999, 158.

⁷⁷³ Münder/Tammen 2002, 86.

Mit der Gesetzesänderung durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls kam es sowohl hinsichtlich des Tatbestands als auch hinsichtlich der benannten Rechtsfolgen zu Änderungen. Die Voraussetzungen für Maßnahmen des Familiengerichts nach Absatz 1 wurden auf zwei Tatbestandsmerkmale beschränkt. Erstes Merkmal ist die Gefährdungssituation des Kindes bzw. des Jugendlichen und das zweite Merkmal besteht in der Unwilligkeit bzw. Unfähigkeit der Eltern zur Abwendung der Gefährdung. Demgegenüber fielen die zuvor benannten Gefährdungsursachen – missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, Vernachlässigung, unverschuldetes Versagen der Eltern und Verhalten eines Dritten – weg. Auf der Rechtsfolgenseite wurde in Absatz 3 ein nicht abschließender Katalog möglicher Maßnahmen des Familiengerichts zur Abwendung der Gefährdung aufgenommen, in dem sechs mögliche Maßnahmen benannt werden.

In der Tatbestands- und Rechtsfolgenänderung von § 1666 BGB wird teilweise mit der Absenkung von Tatbestandshürden eine Herabstufung der Gefährdungsschwelle und damit eine Verstärkung von Eingriffsmöglichkeiten in das Elternrecht gesehen.⁷⁷⁴ Diese Position wird maßgeblich damit begründet, durch das Entfernen von Tatbestandsvoraussetzungen sei der „Rest-Tatbestand“ im Vergleich zur ursprünglichen Fassung leichter erfüllbar, weil dafür weniger Bedingungen gegeben seien. Während vor der Gesetzesänderung vergleichsweise scharf konturierten Tatbestandsbedingungen sehr fragmentarische Interventionsmöglichkeiten gegenübergestanden hätten, stehe nun ein allgemein-unspezifischer Tatbestand einem erheblich ausdifferenzierteren Rechtsfolgenspektrum gegenüber. Insbesondere der Wegfall des Tatbestandsmerkmals des „*elterlichen Erziehungsversagens*“ begegne durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies ergebe sich daraus, dass dieses Merkmal in Art. 6 Abs. 3 GG ausdrücklich als Eingriffsvoraussetzung genannt sei, wonach Kinder gegen den Willen der Erziehungsberechtigten nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden dürfen, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.⁷⁷⁵ Zudem seien die in § 1666 Abs. 3 BGB aufgeführten teilweise niedrigschwelligen Eingriffsmöglichkeiten des Familiengerichts nur Erfolg versprechend, wenn auch die Gefahrenschwelle für einen gerichtlichen Eingriff herabgesetzt werde.⁷⁷⁶ Demgegenüber wird überwie-

⁷⁷⁴ Czerner, ZKJ 2012, 246, 247: „*revolutionärer Akt seitens des Gesetzgebers*“.

⁷⁷⁵ Oberloskamp 2008, 52 ff.; Czerner, ZKJ 2012, 246, 247.

⁷⁷⁶ Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 10; dies., FPR 2008, 598, 600.

gend eine Absenkung der Eingriffsschwelle durch die Gesetzesänderung verneint.⁷⁷⁷ Dies wird vor allem mit dem Willen des Gesetzgebers begründet sowie damit, mit dem Wegfall der Gefährdungsursachen seien lediglich praktische Schwierigkeiten beseitigt worden, die auf einem letztlich unnötigen Prüfschritt beruhten. Die Kindeswohlgefährdung und die fehlende Abwendungsfähigkeit oder -bereitschaft der Eltern als maßgebliche Voraussetzungen für Eingriffe in die elterliche Sorge blieben demgegenüber unverändert bestehen.⁷⁷⁸

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls wird betont, dass die Änderung von § 1666 BGB keine Absenkung der Eingriffsschwelle mit sich bringt. Dazu heißt es: *„Die vorgeschlagene Streichung des ‚elterlichen Erziehungsversagens‘ soll die maßgeblichen Voraussetzungen familiengerichtlichen Eingreifens bei Gefährdung des Kindeswohls klarstellen. Ziel ist es nicht, die Eingriffsschwelle der Kindeswohlgefährdung zu senken, vielmehr soll die Streichung in erster Linie praktische Schwierigkeiten beseitigen. Bereits bei der Einschaltung des Familiengerichts durch das Jugendamt wirft die Feststellung eines für die Kindeswohlgefährdung ursächlichen Fehlverhaltens der Eltern unnötige Unsicherheiten auf. Die Änderung soll daher mögliche Hürden bei der Anrufung des Familiengerichts beseitigen und eine frühe Anrufung der Familiengerichte fördern. Die Streichung des ‚elterlichen Erziehungsversagens‘ soll auch die richterliche Ermittlung und Begründung einer Maßnahme zum Kindesschutz erleichtern und von unnötigen Prüfschritten befreien. ... Schließlich soll die Streichung des Erziehungsversagens die Gefahr beseitigen, dass im Hinblick auf den Vorwurf des ‚Versagens‘ die Kooperationsbereitschaft der Eltern im weiteren Hilfeprozess beeinträchtigt wird.“*⁷⁷⁹

Die Änderung soll somit aus Sicht der Bundesregierung Problemen in der Praxis begegnen, die sich aus der bisherigen Notwendigkeit der Zuordnung einer konkreten Gefährdungslage zu einer der im Gesetz genannten Fallgruppen ergab. Die benannten Probleme resultierten aus der Schwierigkeit, Eltern ein konkretes Fehlverhalten

⁷⁷⁷ Röchling, FamRZ 2007, 1775, 1776 ff.; Meysen, JAmt 2008, 233, 234; ders., NJW 2008, 2673; Büte, FuR 2008, 361.

⁷⁷⁸ Fellenberg, FPR 2008, 125 f.

⁷⁷⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BT-Drucks. 16/6815, 14 zu § 1666; Begründung des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BR-Drucks. 550/07, 16 zu § 1666.

und seine Ursächlichkeit für die Gefährdung des Kindeswohls nachzuweisen.⁷⁸⁰ Darüber hinaus geht die Feststellung eines Erziehungsversagens notwendigerweise von einer vergangenheitsorientierten Perspektive aus, anstatt den Blick auf die für eine effektive Intervention maßgeblichen Gesichtspunkte zu lenken.⁷⁸¹ Die maßgeblichen Elemente der Voraussetzung für Maßnahmen des Familiengerichts, nämlich die Gefährdung des Kindeswohls und die mangelnde Abwendungsbereitschaft oder -fähigkeit der Eltern sind unverändert geblieben. Eine Absenkung der Eingriffsschwelle durch den Wegfall verschiedener Fallgruppen lässt sich somit nicht erkennen.⁷⁸²

Mit der beispielhaften Aufzählung möglicher Maßnahmen des Familiengerichts in § 1666 Abs. 3 BGB hat der Gesetzgeber mehrere Maßnahmen benannt, die im Vergleich zu der bislang üblichen Praxis der Familiengerichte, auf der Grundlage von § 1666 BGB zumeist zumindest Teile der elterlichen Sorge zu entziehen, weniger gravierend in das Elternrecht eingreifen und somit als „niedrigschwellig“ bezeichnet werden können. So werden in den Nr. 1-4 verschiedene Ge- und Verbote benannt. Es handelt sich um Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen (Nr. 1), Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen (Nr. 2), Verbote, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten (Nr. 3) und Verbote, Kontakt mit dem Kind herbeizuführen (Nr. 4). Nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 kann das Familiengericht Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge ersetzen. In Nr. 6 schließlich ist die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge genannt. Zu den genannten Maßnahmen heißt es in der Gesetzesbegründung: *„Die beispielhafte – nicht abschließende – Aufzählung verschiedener Schutzmaßnahmen soll die Bandbreite der Gestaltungsmöglichkeiten verdeutlichen und klarstellen, welche familiengerichtlichen Maßnahmen auch unterhalb der Schwelle der Sorgerechtsentziehung möglich sind. Ziel der vorgeschlagenen Konkretisierung ist es, die frühzeitige Anrufung der Familiengerichte gerade in den Fällen zu fördern, in denen eine niedrigschwellige familienge-*

⁷⁸⁰ Fellenberg, FPR 2008, 125; Seier, FPR 2008, 483, 484.

⁷⁸¹ Fellenberg, FPR 2008, 125, 126; Meysen, JAmt 2008, 233, 234.

⁷⁸² Seier, FPR 2008, 483, 484; Czerner, ZKJ 2012, 246, 249, mit der Kritik, anstelle der Reform wäre zumindest bedenkenswert gewesen, das Problem durch die Aufgabe der sehr restriktiven Definition einer Kindeswohlgefährdung zugunsten einer moderneren, lebensweltlich orientierten Formulierung zu lösen.

*richtliche Maßnahme für den Hilfeprozess sinnvoll und notwendig erscheint.*⁷⁸³ Da jede der genannten Maßnahmen zwingend voraussetzt, dass der Tatbestand nach Absatz 1 vorliegt, kann keine der niedrigschwelligen Maßnahmen bereits unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung vom Gericht veranlasst werden.⁷⁸⁴ Die Entscheidung des Gesetzgebers, beispielhafte Maßnahmen zu benennen, die eine geringere Eingriffsqualität aufweisen als ein (teilweiser) Entzug der elterlichen Sorge, wurde maßgeblich von den Ergebnissen der Arbeitsgruppe „Famliengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ beeinflusst, die im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend von März bis November 2006 mit dem Auftrag tätig war, die gesetzlichen Vorschriften zu gerichtlichen Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls zu überprüfen.⁷⁸⁵ Nach Erkenntnis der Arbeitsgruppe spielte die Anordnung niedrigschwelliger Maßnahmen durch das Familiengericht in der Praxis bislang eine untergeordnete Rolle. Von Justizseite wurde vielfach kritisiert, dass die Jugendämter mit der Einschaltung des Familiengerichts solange zögerten, bis oftmals die Kindeswohlgefährdung schon derart zugespitzt sei, dass letztlich nur noch die Entziehung der elterlichen Sorge in Betracht komme. Umgekehrt beklagten Jugendämter eine Erwartungshaltung mancher Familiengerichte, nach der bei der Einschaltung des Gerichts das Potenzial öffentlicher Hilfen zur Abwehr der Gefahr bereits ausgeschöpft sein sollte.⁷⁸⁶ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die vom Gesetzgeber angestrebte frühere Einschaltung des Familiengerichts nicht eine Einschaltung vor Eintritt der Kindeswohlgefährdung meint, sondern eine Einschaltung bei bereits eingetretener Gefährdung, die jedoch noch nicht soweit fortgeschritten ist, dass ihr in jedem Fall mit einem (teilweisen) Entzug der elterlichen Sorge begegnet werden kann. Es kann in dem Hinweis auf niedrigschwelligere Maßnahmen u.U. auch eine Anregung an die Familiengerichte gesehen werden, in Betracht zu ziehen, das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung nicht erst in einer derart fortgeschrittenen und verfestigten Gefährdungslage zu bejahen. Angesichts der Unbestimmtheit des Gefährdungsbegriffs und seiner Abhängigkeit von den Wertungen und dem Erkenntnisstand der jeweiligen Zeit, ist eine Verschiebung der

⁷⁸³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BT-Drucks. 16/6815, 15 zu § 1666; Begründung des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BR-Drucks. 550/07, 17 zu § 1666.

⁷⁸⁴ Zur Kritik an der unverändert hohen Eingriffsschwelle *Röchling*, FamRZ 2007, 431 ff.; *ders.*, FamRZ 2007, 1775, 1776 ff.; ähnlich *Oberloskamp* 2008, 54 mit der Forderung, dem Gericht schon im Vorfeld der Gefährdung die Möglichkeit der Anordnung lediglich „steuernder“ Maßnahmen zu geben.

⁷⁸⁵ *Meysen*, JAmt 2008, 233.

⁷⁸⁶ Arbeitsgruppe „Famliengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ 2006, 23.

staatlichen Toleranzgrenze bei Kindeswohlbeeinträchtigungen und damit eine schnellere Bejahung einer Kindeswohlgefährdung im Interesse eines effektiven Kindesschutzes jedoch möglich.⁷⁸⁷

Insofern kann in der Gesetzesänderung durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls keine grundsätzliche Verschiebung der Eingriffsschwelle nach § 1666 BGB gesehen werden. Eine Absenkung der Eingriffsschwelle ist auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu verzeichnen. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren in rapider Folge zahlreiche kinderschützende Entscheidungen unter Betonung der Elternrechte aufgehoben.⁷⁸⁸ Hilfe zur Erziehung kann damit nicht unter erleichterten Voraussetzungen gegen den Willen der Eltern geleistet werden.

5.2 Realisierung von Hilfe zur Erziehung über Maßnahmen des Familiengerichts nach § 1666 Abs. 3 BGB

Voraussetzung für Maßnahmen des Familiengerichts nach § 1666 Abs. 3 BGB ist nach § 1666 Abs. 1 BGB, dass das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Voraussetzung für eine Kindeswohlgefährdung ist nach ständiger Rechtsprechung *„ein bereits eingetretener Schaden des Kindes oder eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich bei seiner weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“*.⁷⁸⁹ Es muss sich um eine konkrete Gefahr handeln, die das Gericht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit im Einzelfall begründen muss.⁷⁹⁰ Dies führt dazu, dass in manchen Fällen erst ein bereits eingetretener Schaden den Beleg für eine weiter bestehende Gefährdungssituation liefert.⁷⁹¹ Der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit der Gefährdung lässt sich nicht einheitlich bestimmen. An die Wahrscheinlichkeit sind umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und

⁷⁸⁷ Coester in Staudinger § 1666 Rz. 90; Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 11.

⁷⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 17. März 2014 – 1 BvR 2695/13, FamRZ 2014, 1177 ff.; Beschluss vom 07. April 2014 – 1 BvR 3121/13, FamRZ 2014, 907 ff.; Beschluss vom 22. Mai 2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270 ff.; Beschluss vom 22. Mai 2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266 ff.; Beschluss vom 19. November 2014 – 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223 ff.; ausführlich Heiß, NZFam 2015, 491 ff., 532 ff.

⁷⁸⁹ So seit BGH, Beschluss vom 14. Juli 1956 – IV ZB 32/56, FamRZ 1956, 350, in jüngerer Zeit etwa BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2010 – 1 BvR 374/09, NJW 2010, 2333.

⁷⁹⁰ Münder/Ernst/Behlert 2013, 217 f.

⁷⁹¹ Behlert/Tammen/Trenczek in Trenczek u.a. 2014, 342.

gewichtiger der drohende Schaden ist. Dabei kann jedoch auf das Vorliegen konkreter Verdachtsmomente nicht gänzlich verzichtet werden.⁷⁹²

Die erste der ausdrücklich genannten möglichen Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB besteht in der Erteilung von Geboten, öffentliche Hilfen, wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge, in Anspruch zu nehmen. Grundsätzlich besteht daher für den Familienrichter bzw. die Familienrichterin die Möglichkeit, den Eltern das Gebot zu erteilen, Hilfe zur Erziehung in Anspruch zu nehmen.⁷⁹³ Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiel die Weisung an die Eltern, vom Jugendamt angebotene Hilfen, wie etwa einen sozialen Trainingskurs, in Anspruch zu nehmen und hierbei mit dem Jugendamt zu kooperieren.⁷⁹⁴ Bereits vor der Konkretisierung der Maßnahmen in § 1666 Abs. 3 BGB war anerkannt, dass eine entsprechende Anweisung im Wege einer gerichtlichen Anordnung erfolgen konnte.⁷⁹⁵ Ein derartiges Gebot ist das mildeste denkbare Mittel, um gegen den Willen der Eltern die Gewährung der Hilfe zu ermöglichen. Die Maßnahme greift geringfügiger in das Elternrecht ein als ein (teilweiser) Entzug der elterlichen Sorge, reduziert aber im konkreten Fall das elterliche Ermessen auf null.⁷⁹⁶ Mit einem derartigen Gebot, eine Hilfe anzunehmen, fällt auch die mangelnde Abwendungsbereitschaft oder -fähigkeit der Eltern als Tatbestandsvoraussetzung des § 1666 Abs. 1 BGB nicht weg. Zwar ist die Maßnahme darauf gerichtet, die Annahme der Hilfe als Schritt zur Abwendung der Gefährdung zu bewirken, jedoch erfolgt diese gerade nur aufgrund der gerichtlichen Maßnahme und macht sie somit nicht obsolet. Erst die Maßnahme selbst bewirkt also die Abwendungsbereitschaft der Eltern.⁷⁹⁷

Ein derartiges Gebot ist jedoch in aller Regel für die erfolgreiche Gewährung von Hilfe zur Erziehung zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung nicht ausreichend.

⁷⁹² OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Mai 2009 – 5 UF 224/08, NJW 2009, 3521 f. für die Gefahr der Genitalverstümmelung.

⁷⁹³ Seier, FPR 2008, 483, 485.

⁷⁹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BT-Drucks. 16/6815, 15 zu § 1666; Begründung des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, BR-Drucks. 550/07, 18 zu § 1666, wobei offen bleibt, ob die Bundesregierung davon ausgeht, dass die Eltern an dem Trainingskurs teilnehmen sollen oder der Minderjährige.

⁷⁹⁵ OLG Köln, Beschluss vom 05. Januar 1996 – 16 Wx 5/96, FamRZ 1996, 1027, 1028: eine Auflage ist möglich, die Hilfe einer Erziehungsberatungsstelle in Anspruch zu nehmen; Wiesner in Wiesner u.a. SGB VIII 2000 Vor § 27 Rz. 38; Röchling 1997, 239.

⁷⁹⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 38; Röchling 1997, 243.

⁷⁹⁷ A.A. Wiesner, FPR 2008, 608, 612, der in dieser Konstellation die Eingriffsvoraussetzungen des § 1666 BGB als nicht erfüllt betrachtet.

Zunächst kann auf diesem Weg eine Gewissheit, dass es tatsächlich zur Inanspruchnahme der Hilfe und damit zur Abwendung der Gefährdung kommt, nicht sichergestellt werden. Vor der gerichtlichen Entscheidung erfolgt regelmäßig eine Gefährdungseinschätzung des Jugendamtes nach § 8a SGB VIII sowie eine Erörterung der Kindeswohlgefährdung durch das Familiengericht nach § 157 FamFG⁷⁹⁸. Kann eine Bereitschaft oder Fähigkeit der Eltern zur Abwendung der Gefährdung durch die Annahme von Hilfe zur Erziehung hier nicht herbeigeführt werden, so bleibt es fraglich, ob die Eltern trotz fehlender Bereitschaft einer Verpflichtung durch das Gericht Folge leisten.⁷⁹⁹ Zudem sind die auf Grundlage des § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB in erster Linie infrage kommenden ambulanten Hilfen zumeist bereits vor dem familiengerichtlichen Eingriff gescheitert.⁸⁰⁰

Darüber hinaus erfordert die Gewährung von Hilfe zur Erziehung seitens der Sorgeberechtigten mehr als das formale Einverständnis. Es handelt sich bei der Hilfestellung vielmehr um einen Prozess, der die Mitwirkung der Personensorgeberechtigten schon aufgrund der Verfahrensvorschriften des § 36 SGB VIII⁸⁰¹ erfordert. Die Vorschrift regelt die umfangreiche Beteiligung der Personensorgeberechtigten bei der Entscheidung über die Gewährung und Ausgestaltung einer Hilfe. Die im Rahmen der Hilfe erforderliche konstruktive Zusammenarbeit zwischen den Eltern bzw. der Familie und dem Jugendamt sowie dem Leistungserbringer ist im Zwangskontext, in dem die Eltern keinen Sinn in der Hilfe sehen, kaum zu realisieren.⁸⁰² Zudem ist mit der Hilfe eine längerfristige Einwirkung in das elterliche Erziehungsrecht verbunden, deren Duldung über das anfängliche Einverständnis zur Inanspruchnahme der Hilfe hinausgeht.⁸⁰³

Eine weitere Problematik kann sich daraus ergeben, dass sich das familiengerichtlich angeordnete Gebot, Hilfe zur Erziehung anzunehmen, nur an die Personensorgeberechtigten richtet. Damit das Gebot nicht ins Leere geht, müsste jedoch das Jugendamt die Hilfe auch gewähren. Die Entscheidung des Familiengerichts ist Voraussetzung dafür, dass die Hilfe geleistet werden kann, es muss jedoch im zweiten Schritt

⁷⁹⁸ Dazu etwa Seier, FPR 2008, 483, 485 f.

⁷⁹⁹ Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 37.2; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 39; Röchling 1997, 243 f.; Wiesner, FPR 2008, 608, 612; Oberloskamp 2008, 57, die in den Fällen der Anordnung einer Hilfe die Kontrolle durch das Jugendamt fordert.

⁸⁰⁰ So etwa BayObLG, Beschluss vom 02. Oktober 1998 – 1Z BR 91 – 98, NJW 1999, 293, 294; Olzen in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 173.

⁸⁰¹ Ausführlich Kapitel 7.

⁸⁰² So für die Sozialpädagogische Familienhilfe Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 12.

⁸⁰³ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 40; Röchling 1997, 244.

die Entscheidung des Jugendamts zur Gewährung der Hilfe hinzukommen.⁸⁰⁴ Die Kompetenz des Familiengerichts beschränkt sich auf den zivilrechtlichen Eingriff in das Elternrecht. Es ist jedoch nicht befugt, mit seiner Anordnung einer Hilfe das Jugendamt rechtlich zu binden und zur Erbringung dieser Hilfe zu verpflichten.⁸⁰⁵ Eine derartige Anordnungscompetenz bedürfte aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung und der Garantie kommunaler Selbstverwaltung gem. Art. 28 GG einer Rechtsgrundlage, die nicht gegeben ist.⁸⁰⁶ Die Steuerungsverantwortung und damit die Entscheidungskompetenz des Jugendamts wird vielmehr ausdrücklich in § 36a Abs. 1 SGB VIII betont.⁸⁰⁷ Danach ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe grundsätzlich nur verpflichtet, die Kosten von Hilfen zu tragen, die auf Grundlage seiner Entscheidung erbracht werden. Zudem erfolgt die Prüfung der Eignung und Notwendigkeit einer Hilfe im Rahmen des Hilfeplanverfahrens nach § 36 SGB VIII, das durch das familiengerichtliche Verfahren nicht ersetzt werden kann.⁸⁰⁸ Damit die Hilfe, zu deren Annahme das Familiengericht die Eltern verpflichtet, nicht ins Leere geht bzw. zunächst von den Eltern verwaltungsgerichtlich eingeklagt werden muss,⁸⁰⁹ ist die Kooperation zwischen Familiengericht und Jugendamt von besonderer Bedeutung. Dieses wirkt nach §§ 50 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII, 162 Abs. 1 und 2 FamFG am gerichtlichen Verfahren mit und wird beteiligt. Ein Gebot zur Inanspruchnahme einer konkreten Hilfe ist nur zielführend, wenn das Jugendamt zuvor zur Feststellung der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe eine qualifizierte Hilfeplanung auf der Grundlage von § 36 SGB VIII durchgeführt hat.⁸¹⁰ Ansonsten kommt das Gebot des Familiengerichts

⁸⁰⁴ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36a Rz. 19.

⁸⁰⁵ OLG Oldenburg, Beschluss vom 27. November 2007 – 4 WF 240/07, JAmt 2008, 330, 331; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 8; Meysen in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36a Rz. 16 ff.; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 22; Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 13; Röchling 1997, 239 f.; Trenczek in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.11 Rz. 8; a.A. OLG Koblenz, Beschluss vom 29. Mai 2012 – 11 UF 266/12, NJW 2012, 3108: „Gelingt die vorrangige Verantwortungsgemeinschaft von Familiengericht und Jugendamt nicht, besteht zwingend eine Letztverantwortlichkeit und ein Letztentscheidungsrecht des Familiengerichts.“; ausführlich zur Diskussion Fellenberg 2008, 66 ff.

⁸⁰⁶ Olzen in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 176; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 8; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36a Rz. 6; Nothhafft, FPR 2008, 613, 614; zu inhaltlichen Argumenten gegen eine Entscheidung des Familiengerichts unter Übergehung des Jugendamts: Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 37.1; Meysen 2008, 81 ff.; ders., JAmt 2008, 233, 234 f.; ders., NJW 2008, 2673, 2674; Wiesner, FPR 2008, 608, 613.

⁸⁰⁷ Nach ganz überwiegender Auffassung rein deklaratorisch, so etwa Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36a Rz. 4; Meysen in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36a Rz. 3; Nothhafft, FPR 2008, 613, 614 f.

⁸⁰⁸ Fellenberg 2008, 70; Nothhafft, FPR 2008, 613, 615.

⁸⁰⁹ Olzen in MünchKomm BGB 2012 § 1666 Rz. 177; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 22.

⁸¹⁰ Meysen 2008, 81 zum Risiko einer „Helferkonkurrenz“; ders., JAmt 2008, 233, 234; ders., NJW 2008, 2673, 2674.

an die Eltern in Betracht, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten und die von ihm im späteren Verlauf angebotenen Hilfen anzunehmen.⁸¹¹

Zu den Maßnahmen, die das Familiengericht zur Abwendung der Gefahr treffen kann, zählt nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB die Möglichkeit, Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge zu ersetzen. Das Familiengericht kann die Zustimmung der Eltern zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung ersetzen. Diese Möglichkeit war bereits vor der Änderung der Norm durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls ausdrücklich in § 1666 Abs. 3 BGB vorgesehen, ohne dass diese jedoch vor oder nach der Gesetzesänderung in erheblichem Umfang von der Rechtsprechung genutzt wurde.⁸¹² Auch dies wäre aus den soeben genannten Gründen in den meisten Fällen kein geeignetes Mittel zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung, da es sich auch hier um eine punktuelle Maßnahme handelt.⁸¹³ Mit einer solchen vom Familiengericht ersetzten Erklärung kann nur die formelle Zustimmung, nicht jedoch die Mitwirkung der Eltern am erzieherischen Prozess ihres Kindes bewirkt werden. Eine solche Ersetzung der Einwilligung erscheint wegen ihrer punktuellen Wirkung nur dann als geeignet, wenn bei gemeinsamer elterlicher Sorge von getrennt lebenden Eltern zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung durch den alleinerziehenden Elternteil erforderlich ist, der nicht betreuende Elternteil der Hilfe aber nicht zustimmt.⁸¹⁴ In dieser Fallkonstellation dürfte allerdings zumeist eine Entscheidung des Familiengerichts bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern nach § 1628 BGB ausreichen, das die Entscheidungsbefugnis über die Inanspruchnahme der Hilfe dem betreuenden Elternteil überträgt.⁸¹⁵ Außerhalb dieser Konstellation ist die Ersetzung der Einwilligung in der Regel nicht ausreichend⁸¹⁶ und damit zur Abwendung der Gefahr für das Kindeswohl nicht geeignet.

⁸¹¹ Z.B. OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008 – 9 UF 122/08, FamRZ 2009, 994: „Es wird angeordnet, dass die Kindeseltern im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe Erziehungshilfen (§§ 27 ff. SGB VIII) und darüber hinaus für ihre Kinder zur Verfügung stehende Plätze in der Kindertagesstätte bzw. im Hort annehmen.“; Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 37.1; Meysen, JAmt 2008, 233, 235; ders., NJW 2008, 2673, 2674.

⁸¹² Meysen, JAmt 2008, 233, 235; ders., NJW 2008, 2673, 2674; vgl. Vogel, FPR 2008, 617, der bis zum Jahr 2008 in seiner 20-jährigen Tätigkeit als Familienrichter mit der gerichtlichen Ersetzungsbefugnis in seinem Dezernat erst zweimal befasst worden war.

⁸¹³ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 Vor § 27 Rz. 40; Röchling 1997, 244.

⁸¹⁴ Meysen, JAmt 2008, 233, 235; ders., NJW 2008, 2673, 2674.

⁸¹⁵ Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 41.

⁸¹⁶ A.A. Hansen, Jugendhilfe 1991, 290, 298.

Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, dass zur Abwendung der Gefährdung eine Genehmigung des durch das Jugendamt aufgestellten Hilfeplans durch das Familiengericht infrage kommt, das den Eltern zudem die Auflage erteilen könne, ihren im Hilfeplan definierten Pflichten nachzukommen.⁸¹⁷ Eine „Genehmigung“ des Hilfeplans durch das Gericht anstelle der Eltern wird jedoch dem Charakter des Hilfeplanverfahrens nicht gerecht.⁸¹⁸ § 36 Abs. 1 SGB VIII sichert zunächst die Beteiligungs-, Beratungs- und Hinweisrechte der Personensorgeberechtigten vor ihrer Entscheidung über die Inanspruchnahme der Hilfe ab. Im Anschluss daran treffen die Personensorgeberechtigten die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Hilfe. Wenn diese positiv ausfällt, kommt es nach § 36 Abs. 2 SGB VIII zur Aufstellung des Hilfeplans, in dem die Ergebnisse der diagnostischen und planenden Tätigkeit schriftlich dokumentiert werden.⁸¹⁹ Das Verfahren ist Ausdruck des Subjektstatus der Beteiligten⁸²⁰ und „zentrale Bestimmung für die kooperative Gestaltung pädagogischer Prozesse“.⁸²¹ Weder kann die „Genehmigung“ des Hilfeplans die Ablehnung der Eltern gegenüber der Hilfe überwinden, noch kann sie den partizipativen Prozess des Hilfeplanverfahrens unter Einbezug der Personensorgeberechtigten ersetzen.⁸²²

Erforderlich sind im Falle der Ablehnung der nötigen Hilfe durch die Eltern daher im Ergebnis zumeist der Entzug der elterlichen Personensorge oder jedenfalls wesentlicher Aspekte hiervon und die Übertragung auf einen Pfleger bzw. einen Vormund durch das Familiengericht.⁸²³

⁸¹⁷ Veit in BeckOK BGB § 1666 Rz. 41; Mann, ZfJ 1995, 307, 311; Vogel, FPR 2008, 617.

⁸¹⁸ Röchling 1997, 246 f.

⁸¹⁹ Harnach-Beck, ZfJ 1995, 484, 489; Röchling 1997, 246.

⁸²⁰ Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 4: „die Vorgaben des § 36 ... gießen sozialpädagogische Fachlichkeit in Gesetzesform“; Röchling 1997, 246.

⁸²¹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 1.

⁸²² I.E. Röchling 1997, 246 f.

⁸²³ Ausführlich 3.1.1.2.

6 Die Rechtsfolgen des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung

Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII vorliegen und somit ein Anspruch des Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung gegeben ist, stellt sich die Frage, welche konkrete Hilfe als Rechtsfolge zu erbringen ist.

§ 27 Abs. 1 SGB VIII enthält keine Konkretisierung der Rechtsfolge.⁸²⁴ Hier werden nur die Tatbestandsvoraussetzungen benannt und festgelegt, dass bei ihrem Vorliegen ein Anspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht. Regelungen zu den Rechtsfolgen sind anschließend in § 27 Abs. 2 bis 4 sowie in den §§ 28 bis 35 SGB VIII verankert. Die Systematik, die zunächst einheitliche Tatbestandsvoraussetzungen regelt und anschließend die unterschiedlichen Hilfeformen benennt, folgt dem Muster von §§ 39, 40 BSHG, das bei Schaffung des SGB VIII noch die Sozialhilfe regelte, und findet sich heute etwa auch in §§ 53, 54 SGB XII.⁸²⁵

Gemäß § 27 Abs. 2 SGB VIII wird Hilfe zur Erziehung insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 gewährt. Art und Umfang der Hilfe richten sich nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall; dabei soll das engere soziale Umfeld des Kindes oder des Jugendlichen einbezogen werden. Im Regelfall ist die Hilfe im Inland zu erbringen. Nach § 27 Abs. 2a SGB VIII kann auch die Betreuung durch andere unterhaltspflichtige Personen im Wege von Hilfe zur Erziehung erfolgen.⁸²⁶ Nach § 27 Abs. 3 SGB VIII umfasst Hilfe zur Erziehung insbesondere die Gewährung pädagogischer und damit verbundener therapeutischer Leistungen. Sie soll bei Bedarf Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen im Sinne von § 13 Abs. 2 SGB VIII einschließen. Im Fall der Mutterschaft einer Jugendlichen oder jungen Volljährigen im Rahmen einer stationären Hilfe umfasst die Hilfe nach § 27 Abs. 4 SGB VIII auch die Unterstützung bei der Pflege und Erziehung des Kindes. Konkrete Rechtsfolgen bleiben auch im Rahmen dieser Regelungen offen.

⁸²⁴ Zu der umstrittenen Auslegung der Norm hinsichtlich ihrer Einteilung in Tatbestand und Rechtsfolge vgl. Kapitel 2.

⁸²⁵ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 1.

⁸²⁶ Dazu ausführlich 4.3.

6.1 Der offene Katalog der §§ 28 bis 35 SGB VIII

Gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII wird Hilfe zur Erziehung insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 gewährt. In den genannten Vorschriften findet sich ein Katalog, in dem beispielhafte Fälle standardisierter Erziehungshilfen benannt und beschrieben werden. Es handelt sich dabei um Hilfearten, die sich in der Praxis in den alten Bundesländern noch unter der Geltung des JWG entwickelt haben.⁸²⁷

6.1.1 Die einzelnen Hilfen der §§ 28 bis 35 SGB VIII

Der Katalog der Hilfearten umfasst im Einzelnen die Hilfen in Form von Erziehungsberatung (§ 28), sozialer Gruppenarbeit (§ 29), des Erziehungsbeistands (§ 30), der Sozialpädagogischen Familienhilfe (§ 31), der Erziehung in einer Tagesgruppe (§ 32), der Vollzeitpflege (§ 33), der Heimerziehung bzw. sonstigen betreuten Wohnform (§ 34) und der Intensiven sozialpädagogischen Einzelbetreuung (§ 35).

6.1.1.1 § 28 SGB VIII – Erziehungsberatung

Zusätzlich zu den sonstigen Beratungsangeboten im SGB VIII ist die Erziehungsberatung als standardisierte Hilfe zur Erziehung aufgenommen worden. Nach § 28 SGB VIII sollen Erziehungsberatungsstellen und andere Beratungsdienste und -einrichtungen Kinder, Jugendliche, Eltern und andere Erziehungsberechtigte bei der Klärung und Bewältigung individueller und familienbezogener Probleme und der zugrunde liegenden Faktoren, bei der Lösung von Erziehungsfragen sowie bei Trennung und Scheidung unterstützen. Dabei sollen Fachkräfte verschiedener Fachrichtungen zusammenwirken, die mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen vertraut sind.

Inhaltlich handelt es sich um ein ambulantes Beratungs- und Therapieangebot, das Hilfe und Unterstützung bei Klärung und Bewältigung der in der Norm genannten Problemlagen bieten soll.⁸²⁸ Diesbezüglich benennt § 28 Satz 1 SGB VIII individuelle und familienbezogene Probleme sowie die ihnen zugrunde liegenden Faktoren, die Lösung von Erziehungsfragen und Unterstützung bei Trennung und Scheidung.

Spezifisches Merkmal der Erziehungsberatung im Vergleich zu den anderen Beratungsangeboten des SGB VIII ist die in § 28 Satz 2 SGB VIII geforderte multidisziplinäre

⁸²⁷ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 27; Tammen/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 18.

⁸²⁸ Mündler/Trenczek 2015, 168; ausführlich bke 2009; Scheuerer-Englisch/Hundsalz/Menne 2014.

näre Besetzung der Beratungsstellen.⁸²⁹ Durch das Zusammenwirken von Fachkräften verschiedener Fachrichtungen, die mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen vertraut sind, soll ein differenzierter Zugang zu den Problemen der Betroffenen ermöglicht werden, der unterschiedliche Sichtweisen einbezieht. Darüber hinaus soll Flexibilität bei der Auswahl von Behandlungs- und Therapieangeboten gewährleistet werden.⁸³⁰ Nach fachlicher Vorstellung besteht die personelle Mindestbesetzung einer Erziehungsberatungsstelle aus jeweils einer Fachkraft aus den Fachrichtungen Pädagogik bzw. Erziehungswissenschaften, Sozialpädagogik oder Sozialarbeit, Psychologie, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie sowie einem weiteren grundständigen therapeutischen oder heilpädagogischen Beruf wie Logopäden oder Beschäftigungstherapeuten.⁸³¹ Mindestens drei volle Personalstellen sollten für die Ausstattung jeder Erziehungsberatungsstelle zur Verfügung stehen; in einem Teil der Beratungsstellen wird jedoch die Mindestmitarbeiterzahl von drei Personen nicht erreicht.⁸³² Teilweise werden darüber hinaus auch Fachkräfte sonstiger Fachrichtungen beschäftigt, etwa Erzieher, Mediziner oder – speziell im Kontext von Trennung und Scheidung – Juristen.⁸³³ Als Zusatzqualifikationen kommen etwa systemische Therapie, Gesprächspsychotherapie, Verhaltenstherapie, gemeinwesenbezogene Qualifikationen, Gestalttherapie, Psychodrama oder analytische Psychotherapie in Betracht.⁸³⁴ Etwa die Hälfte der in der Erziehungsberatung tätigen Fachkräfte hat aktuell eine Weiterbildung in Familientherapie oder systemischer Therapie abgeschlossen.⁸³⁵

Erziehungsberatung richtet sich nicht nur an die Personensorgeberechtigten als Anspruchsinhaber der Hilfe zur Erziehung sondern nach § 28 Satz 1 SGB VIII an Kinder, Jugendliche, Eltern und andere Erziehungsberechtigte.

Die Gewährung von Erziehungsberatung als konkrete Hilfe im Einzelfall setzt zunächst voraus, dass die Bewältigung der anstehenden Probleme mit dieser wenig intensiven Hilfe im Rahmen des gegebenen Umfeldes realisierbar erscheint.⁸³⁶ Das vorhandene Umfeld muss tragfähig genug sein und es müssen aktivierbare

⁸²⁹ *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 27.

⁸³⁰ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf des KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 70.

⁸³¹ *Nonninger* in *LPK-SGB VIII* 2016 § 28 Rz. 32; *bke* 2009.

⁸³² *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII* 2015 § 28 Rz. 15b; Empfehlungen zur Relation von vollen Planstellen bezogen auf die Anzahl von Kindern und Jugendlichen bis 18 Jahre: *BMFSFJ* 1999, 36 ff.

⁸³³ *BMFSFJ* 1999, 39.

⁸³⁴ *BMFSFJ* 1999, 40.

⁸³⁵ *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 28 Rz. 5.

⁸³⁶ *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 27.

Problemlösungsressourcen vorliegen.⁸³⁷ Zudem setzt die Hilfe voraus, dass die Betroffenen bereit und in der Lage sind, mit den Fachkräften zur Bewältigung der Probleme zusammenzuarbeiten.⁸³⁸

Kennzeichnend für die Erziehungsberatung ist der niedrigschwellige Zugang durch die Möglichkeit der unmittelbaren Inanspruchnahme durch die Adressaten.⁸³⁹

6.1.1.2 § 29 SGB VIII – Soziale Gruppenarbeit

Gemäß § 29 SGB VIII soll die Teilnahme an sozialer Gruppenarbeit älteren Kindern und Jugendlichen im Rahmen eines gruppenpädagogischen Konzepts bei der Überwindung von Entwicklungsstörungen und Verhaltensproblemen helfen, wobei ein Schwerpunkt bei der Verbesserung des Sozialverhaltens liegt.

Die Gestaltung der Hilfeform variiert in der Praxis erheblich. Unterschieden wird im Wesentlichen zwischen handlungs- und erlebnisorientierten Ansätzen⁸⁴⁰, themenorientierten Ansätzen⁸⁴¹ und Mischformen.⁸⁴² Hinsichtlich der Organisationsformen lassen sich zeitlich begrenzte Kurse und fortlaufende Gruppen unterscheiden. Die Kurse weisen eine thematische Vorgabe, feste Struktur und klare Zielvorstellungen auf.⁸⁴³ Die Konzeption ist darauf ausgerichtet, dass alle Teilnehmer den Kurs gemeinsam beginnen und möglichst bis zum Ende fortsetzen. Im Gegensatz dazu sind die fortlaufenden Gruppen langfristig angelegt und ermöglichen jederzeit einen Ein- oder Ausstieg.⁸⁴⁴ Neben Kursen, in denen regelmäßige Termine durchgeführt werden, wird soziale Gruppenarbeit teilweise auch in zeitlichen Blöcken durchgeführt, z.B. im Rahmen von Ferienaktivitäten.⁸⁴⁵

Der Adressatenkreis der Hilfe ist ausdrücklich auf ältere Kinder und Jugendliche beschränkt. Grund für die altersmäßige Beschränkung des Adressatenkreises ist, dass soziales Lernen in einer Gruppe von Minderjährigen, die bereits durch Entwicklungsstörungen und Verhaltensprobleme belastet sind, nur dann sinnvoll erfolgen kann, wenn bereits ein bestimmter Entwicklungsstand erreicht ist. Nur dann kann das

⁸³⁷ *Münder/Trenczek* 2015, 168.

⁸³⁸ *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 28 Rz. 21; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 27.

⁸³⁹ Ausführlich 7.3.2.

⁸⁴⁰ Förderung von Kreativität, Lernmotivation und sozialem Verhalten; zur Erlebnispädagogik vgl. *Antes*, *ZfJ* 1993, 85 ff.

⁸⁴¹ Verbale Methoden, Förderung insbesondere der kognitiven Fähigkeiten.

⁸⁴² *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 29 Rz. 7; *Siefert* in *Jung SGB VIII 2008* § 29 Rz. 6; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 28; ausführlich *Baur/Blumberg/Engel* 2004.

⁸⁴³ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 29 Rz. 7.

⁸⁴⁴ *Struck/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 29 Rz. 3; *Münder/Trenczek* 2015, 169.

⁸⁴⁵ *Münder* 2000, 119.

eigene Verhalten in der Gruppe reflektiert werden, um daraus Folgerungen für andere Lebensbereiche zu ziehen.⁸⁴⁶ Eine feste Altersgrenze ist nicht festgelegt, es kommt vielmehr auf den individuellen Entwicklungsstand des jeweiligen Kindes an.⁸⁴⁷ Die unterschiedlichen Konzepte der sozialen Gruppenarbeit können zudem unterschiedliche Anforderungen an den Entwicklungsstand der Teilnehmer stellen. Bei Kindern unter zwölf Jahren wird die Hilfeform der Sozialen Gruppenarbeit in der Literatur vielfach für tendenziell ungeeignet gehalten.⁸⁴⁸ Im Jahr 2014 nahmen jedoch Kinder schon im Alter von sechs bis sieben Jahren an Sozialer Gruppenarbeit teil und Kinder unter zwölf Jahren stellten rund 46 Prozent der Gesamtgruppe von Minderjährigen dar, die an dem Hilfeangebot teilnahmen.⁸⁴⁹

Hilfe zur Erziehung in Form von sozialer Gruppenarbeit setzt neben dem ausreichenden Entwicklungsstand des betreffenden Minderjährigen auch voraus, dass er zur aktiven Mitwirkung in der Gruppe bereit ist.⁸⁵⁰ Zudem muss auch hier das bestehende Umfeld des Minderjährigen als hinreichend tragfähig erscheinen. Sein weiteres Aufwachsen in der Familie bzw. am sonstigen bisherigen Lebensort muss möglich sein und als sinnvoll erscheinen.⁸⁵¹ Die Verbesserung problematischer Familiensituationen kann die Hilfe nach § 29 SGB VIII allein kaum bewirken.⁸⁵²

6.1.1.3 § 30 SGB VIII – Erziehungsbeistand

Durch den Erziehungsbeistand soll der Minderjährige gemäß § 30 SGB VIII bei der Bewältigung von Entwicklungsproblemen unter Einbeziehung des sozialen Umfelds unterstützt und seine Verselbstständigung gefördert werden. Dabei soll der Lebensbezug zur Familie erhalten werden.

Die Erziehungsbeistandschaft ist ein vorrangig am Kind oder Jugendlichen ausgerichtetes Angebot. Der Erziehungsbeistand arbeitet somit in erster Linie mit dem Minderjährigen zusammen, berät und unterstützt ihn in verschiedenen Lebensbereichen, insbesondere bei der Bewältigung sozialer, schulischer, beruflicher sowie familiärer Aufgaben.⁸⁵³ Dabei begleitet der Erziehungsbeistand den Prozess des Selbst-

⁸⁴⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 29 Rz. 5.

⁸⁴⁷ Münster/Trenczek 2015, 168 f.

⁸⁴⁸ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 29 Rz. 5; Tammen in Münster/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 28; Münster/Trenczek 2015, 169.

⁸⁴⁹ Statistisches Bundesamt 2015, 8, Prozentangabe nach eigener Berechnung.

⁸⁵⁰ Tammen in Münster/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 28; Münster/Trenczek 2015, 169.

⁸⁵¹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 29 Rz. 1; Struck/Trenczek in Münster u.a. FK-SGB VIII 2013 § 29 Rz. 5.

⁸⁵² Tammen in Münster/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 28; Münster/Trenczek 2015, 169.

⁸⁵³ Moch 2014, 619.

ständigwerdens und der Persönlichkeitsentwicklung.⁸⁵⁴ Daneben erfolgt auch Arbeit mit der Familie, um tragfähige Familienbeziehungen herzustellen bzw. zu verbessern.⁸⁵⁵

Die Erziehungsbeistandschaft ist gesetzlich nicht auf eine bestimmte Altersgruppe beschränkt. Für jüngere Kinder wird sie jedoch tendenziell eher als unzweckmäßig eingeschätzt,⁸⁵⁶ da die Auseinandersetzung mit der Person des Erziehungsbeistandes eine gewisse Fähigkeit zur Reflexion und Abstraktion verlangt.⁸⁵⁷ Sie wird in der Praxis vorwiegend für Kinder und Jugendliche im Alter von zwölf bis 17 Jahren eingesetzt.⁸⁵⁸ Im Einzelfall kann die Hilfe jedoch auch für jüngere Kinder sinnvoll sein.⁸⁵⁹ Arbeitsformen der Erziehungsbeistandschaft sind sowohl Einzelarbeit als auch gruppen- und freizeitpädagogische Arbeit sowie die Familienberatung.⁸⁶⁰ Sie ist in der Regel längerfristig für einen Zeitraum von einem bis zu drei Jahren angelegt,⁸⁶¹ wobei personelle Wechsel vermieden werden sollten.⁸⁶²

Die Hilfe kommt infrage, wenn ein intensiver Beistand des Minderjährigen nötig ist, um seine Entwicklungsprobleme zu bewältigen. Voraussetzung ist, dass der familiäre Rahmen ausreichend tragfähig ist und die Beteiligten zur Mitarbeit bereit und in der Lage sind.⁸⁶³

6.1.1.4 § 31 SGB VIII – Sozialpädagogische Familienhilfe

Gemäß § 31 SGB VIII soll die Sozialpädagogische Familienhilfe durch intensive Betreuung und Begleitung Familien in ihren Erziehungsaufgaben, bei der Bewältigung von Alltagsproblemen, der Lösung von Konflikten und Krisen sowie im Kontakt mit Ämtern und Institutionen unterstützen und Hilfe zur Selbsthilfe geben. Sie ist in der Regel auf längere Dauer angelegt und erfordert die Mitarbeit der Familie.

⁸⁵⁴ Kaiser 2014, 105.

⁸⁵⁵ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 30 Rz. 7; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 30 Rz. 7; Struck/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 30 Rz. 5; Mündler/Trenczek 2015, 170.

⁸⁵⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 30 Rz. 7; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 30 Rz. 8; Struck/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 30 Rz. 4.

⁸⁵⁷ Kaiser 2014, 105.

⁸⁵⁸ Statistisches Bundesamt 2015, 8.

⁸⁵⁹ VG Aachen, Beschluss vom 21. Januar 2015 – 2 L 414/14, juris Rz. 23 ff.; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 30 Rz. 8.

⁸⁶⁰ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 30 Rz. 9; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 30 Rz. 8.

⁸⁶¹ Struck/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 30 Rz. 6; Mündler/Trenczek 2015, 170.

⁸⁶² Kaiser 2014, 107; Tammen in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 29; Mündler/Trenczek 2015, 170.

⁸⁶³ Tammen in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 29.

Die Sozialpädagogische Familienhilfe ist darauf ausgerichtet, die Selbsthilfekompetenzen der Familie durch eine gezielte Kombination von pädagogischen und alltagspraktischen Hilfen zu stärken.⁸⁶⁴ Ihre Aufgabenstellung orientiert sich zentral an der Sicherung bzw. Wiederherstellung der Erziehungsfunktion der Familie.⁸⁶⁵ Zudem spielen das Verhältnis der einzelnen Familienmitglieder zueinander und die Verhältnisse zum sozialen Umfeld, wozu auch die materielle Situation und die Wohnsituation zählen, eine zentrale Rolle.⁸⁶⁶ Insofern steht hier die Familie als Ganzes im Mittelpunkt der Hilfe.⁸⁶⁷ Es wird versucht, die Isolation der Familie aufzubrechen und ihre Öffnung nach außen zu fördern.⁸⁶⁸ Dabei verwirklicht sich die Sozialpädagogische Familienhilfe durch beratende Gespräche, modellhaftes Handeln und praktische Hilfe.⁸⁶⁹ Durch die Verbesserung der Gesamtsituation der Familie soll eine Verbesserung der Situation des Minderjährigen bewirkt werden.

Auch bei der Hilfe nach § 31 SGB VIII handelt es sich um eine längerfristige Hilfe. Durch die Formulierung in § 31 Satz 2 SGB VIII, „*Sie ist in der Regel auf Dauer angelegt ...*“, benennt bereits der Gesetzeswortlaut die lange Zeitdauer als wesentliches Kriterium der Hilfeart. Unter der betreffenden Formulierung wird allgemein ein Zeitraum von ein bis zwei Jahren verstanden.⁸⁷⁰ Die durchschnittliche Dauer der im Jahr 2014 gewährten Leistungen der Sozialpädagogischen Familienhilfe betrug 17 Monate.⁸⁷¹ Ein weiteres Kriterium, das der Gesetzeswortlaut ausdrücklich vorgibt, ist die Intensität der Hilfe. Die Sozialpädagogische Familienhilfe soll die Familie intensiv betreuen und begleiten. Hierzu wird regelmäßig ein Einsatz von fünf bis 20⁸⁷² bzw. von zehn bis 15 Stunden⁸⁷³ wöchentlich gefordert. Im Rahmen der Leistungserbringung ist jeweils eine bestimmte Einzelperson für eine Familie zuständig.⁸⁷⁴ Von besonderer Bedeutung und deshalb in § 31 Satz 2 SGB VIII ausdrücklich benannt ist die Mitarbeit der Familie. Es muss eine gemeinsame Problemdefinition und Ziel-

⁸⁶⁴ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 31 Rz. 3; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 30; Münder/Trenczek 2015, 171.

⁸⁶⁵ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 6.

⁸⁶⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 6; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 30; Hofgesang 2001; Richter 2014, 388 f.; Münder/Trenczek 2015, 171.

⁸⁶⁷ Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 3; Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 31 Rz. 4; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 30.

⁸⁶⁸ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 31 Rz. 5.

⁸⁶⁹ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 31 Rz. 8; Münder/Trenczek 2015, 171.

⁸⁷⁰ Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 10.

⁸⁷¹ Statistisches Bundesamt 2015, 51.

⁸⁷² Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 18.

⁸⁷³ Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 7.

⁸⁷⁴ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 31 Rz. 5.

setzung der Betroffenen und der in der Familie tätigen Fachkraft vorhanden sein bzw. erarbeitet werden.⁸⁷⁵

Die sozialpädagogische Familienhilfe richtet sich in erster Linie an Familien, in denen erhebliche Schwierigkeiten bei der Wahrnehmung der Erziehungsaufgaben bestehen. Der von den Jugendämtern für das Jahr 2007 am häufigsten genannte Anlass für die Gewährung von Sozialpädagogischer Familienhilfe waren mit ca. 63 Prozent eingeschränkte Erziehungskompetenzen der Eltern.⁸⁷⁶ Ausdruck und Ursache der Schwierigkeiten können unterschiedlicher Art sein, etwa ein niedriger Bildungsabschluss, massive materielle Probleme aufgrund von Arbeitslosigkeit, Überschuldung etc., eine unzureichende Wohnsituation, Leben in einem sozialen Brennpunkt, Suchtprobleme oder Trennung der Eltern.⁸⁷⁷ Zielgruppe der Hilfe sind damit zumeist sozial benachteiligte Familien,⁸⁷⁸ oft sog. „Multiproblemfamilien“, die in vielerlei Hinsicht Unterstützungsbedarf haben.⁸⁷⁹

Der erzieherische Bedarf ist in den Fällen, die zur Gewährung einer Sozialpädagogischen Familienhilfe als intensivster ambulanter Hilfe (außer ggf. der Intensiven sozialpädagogischen Einzelbetreuung nach § 35 SGB VIII)⁸⁸⁰ führen, besonders hoch. Er bewegt sich vielfach im Grenzbereich zur Kindeswohlgefährdung oder eine Gefährdung liegt bereits vor. Die im Jahr 2014 durchgeführten Sozialpädagogischen Familienhilfen wurden zu rund 13 Prozent aufgrund einer vorangegangenen Gefährdungseinschätzung nach § 8a SGB VIII eingeleitet.⁸⁸¹ Eine solche erfolgt nach § 8a Abs. 1 SGB VIII dann, wenn dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls bekannt werden. Dies entspricht mit großem Abstand der höchsten Quote unter den ambulanten Hilfearten. Der Anteil lag etwa bei der Sozialen Gruppenarbeit bei ca. 3 Prozent und bei der Erziehungsberatung bei 1,75 Prozent.⁸⁸² Im Jahr 2007 wurden 29 Prozent der Sozialpädagogischen Familienhilfen auf Initiative der Familien erbracht, in 51 Prozent der Fälle ging der Anstoß dagegen vom

⁸⁷⁵ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 14.

⁸⁷⁶ Richter 2014, 389.

⁸⁷⁷ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 7.

⁸⁷⁸ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 7.

⁸⁷⁹ Moch 2014, 619; allerdings einschränkend Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 30: vorrangig geeignet in akuten Krisen, weniger in Fällen dauerhafter Überforderung und extremer Lebens- oder Strukturkrisen.

⁸⁸⁰ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 18.

⁸⁸¹ Statistisches Bundesamt 2015, 51, Prozentangabe nach eigener Berechnung; Richter 2014, 389: für das Jahr 2007 wird eine Kindeswohlgefährdung in 16 Prozent der Fälle als Anlass für eine Sozialpädagogische Familienhilfe formuliert.

⁸⁸² Statistisches Bundesamt 2015, 51, Prozentangabe nach eigener Berechnung.

Jugendamt und in 12 Prozent von anderen öffentlichen Stellen aus.⁸⁸³ Die Familien nehmen die Sozialpädagogische Familienhilfe somit oft nicht von sich aus an, sondern vielfach aufgrund eines äußeren Drucks, etwa durch drohende Sorgerechts Eingriffe, eine ansonsten in Aussicht gestellte Fremdplatzierung des Kindes oder ein anderenfalls nicht erfüllter Wunsch nach einer Rückführung des Kindes in die Familie.⁸⁸⁴

Die Freiwilligkeit der Annahme der Hilfe ist somit vielfach nur formal gegeben. Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, eine Einwilligung der Familie zum Einsatz einer Sozialpädagogischen Familienhilfe sei nicht wirksam, wenn sie der Familie dadurch „abgerungen“ werde, dass das Jugendamt erkläre, im Falle der Verweigerung werde das Kind aus der Familie genommen und anderweitig untergebracht. In diesem Fall sei die Erklärung der Eltern unter Zwang zustande gekommen und damit nicht rechtswirksam.⁸⁸⁵ In Fällen einer Kindeswohlgefährdung, in denen der Schutz des Kindes bei Verbleib im elterlichen Haushalt nur durch die Unterstützung durch eine Sozialpädagogische Familienhilfe sichergestellt werden kann, bleibt jedoch bei Ablehnung der Hilfe keine andere Option des Jugendamts, als im Rahmen des Schutzauftrags eine Fremdunterbringung des Kindes anzuregen bzw. – bei Ablehnung durch die Eltern – durch Anrufung des Familiengerichts zu veranlassen. Eine entsprechende Information der Eltern erscheint hier im Sinne einer transparenten Arbeitsweise sinnvoll, um den Eltern ihre Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Diese Information entsprechend zu vermitteln und nicht als Zwangsmittel einzusetzen, ist eine sozialpädagogische Herausforderung, nicht jedoch eine rechtliche Frage.

Der Grund für die zurückhaltende Einstellung vieler Familien der Hilfe gegenüber liegt gerade in ihrem zentralen Wesensmerkmal der kontinuierlich-intensiven Arbeit mit der Familie. Die Familie als Adressat der Hilfe ist auch der Ort, an dem der wesentliche Teil der Hilfe geleistet wird.⁸⁸⁶ Der Familienhelfer oder die Familienhelferin nimmt zeitweise am privaten Familienleben teil. Damit ist die Sozialpädagogische Familienhilfe die ambulante Hilfeart, die den tiefsten Einblick in den privaten Binnenraum der Familie⁸⁸⁷ und damit einen starken Einbruch in ihre Intimsphäre mit

⁸⁸³ Richter 2014, 389.

⁸⁸⁴ Struck in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 31 Rz. 6; Richter 2014, 389.

⁸⁸⁵ Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 12.

⁸⁸⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 5.

⁸⁸⁷ Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 12.

sich bringt.⁸⁸⁸ Durch die zeitlich regelmäßige Präsenz der Fachkraft in der Wohnung der Familie findet eine erhebliche Einwirkung in die Alltags- und Privatsphäre statt.⁸⁸⁹ Dieser Aspekt wird unter dem Stichwort „gläserne Familie“ vielfach kritisch betrachtet.⁸⁹⁰

Insbesondere unter dem Aspekt, dass die Hilfe oft in einer Situation erbracht wird, in der eine Gefährdung des Kindes droht oder bereits gegeben ist, kommt der Arbeit der Familienhilfe auch ein Kontrollaspekt zu.⁸⁹¹ In diesem Zusammenhang stehen sich zum einen Aspekte der Eignung der Hilfe und zum anderen der notwendige Schutz des Kindes als mögliche Gegensätze gegenüber,⁸⁹² auch wenn im Ergebnis unter beiden Gesichtspunkten eine Verbesserung der Lebenssituation des Kindes erreicht werden soll.

Das Gelingen der Hilfe und somit ihre Eignung erfordert, dass die Mitglieder der Familie eine vertrauensvolle Beziehung zu der Fachkraft aufbauen und sich ihr gegenüber öffnen. Dies setzt voraus, dass die Familie darauf vertrauen kann, dass private Informationen aus dem Familienleben grundsätzlich nur mit ihrer Einwilligung an Dritte, insbesondere das Jugendamt oder das Familiengericht weitergegeben werden.⁸⁹³ Das OLG Hamm befasst sich mit diesem Aspekt in einer Entscheidung, in der es um die Frage des – vom Gericht im Ergebnis bejahten – Zeugnisverweigerungsrechts einer Familienhelferin in einem Verfahren nach § 1666 BGB vor dem Familiengericht geht: *„Die ... haben sich mit einer Tätigkeit der Zeugin N im Rahmen der sozialpädagogischen Familienhilfe innerhalb ihres Haushaltes einverstanden erklärt. Die Zeugin hat dadurch einen tiefen Einblick in die private Lebens- und Intimsphäre der Eltern gewonnen. Diese haben der Familienhelferin das besondere Vertrauen entgegengebracht, das erforderlich ist, um eine sozialpädagogische Arbeit mit dem Ziel einer Veränderung des Erziehungsverhaltens gegenüber den Kindern überhaupt mit Aussicht auf Erfolg durchführen zu können. Es wäre für die Eltern schlechthin unerträglich, wenn sie nunmehr hinnehmen müßten, daß die Familienhelferin als Zeugin im gerichtlichen Verfahren einzelne Vorgänge aus ihrem Familien-*

⁸⁸⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 30 September 1991 – 15 W 231/91, NJW-RR 1992, 583, 584; *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 31 Rz. 6; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 30; *Frings*, JAmt 2008, 461, 462.

⁸⁸⁹ *Richter* 2014, 391.

⁸⁹⁰ *Frings/Kunkel* in *LPK-SGB VIII 2016* § 31 Rz. 12; *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 31 Rz. 6; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 31 Rz. 5; *Richter* 2014, 391.

⁸⁹¹ *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 31 Rz. 6.

⁸⁹² *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 31 Rz. 5: unauflöslicher Zielkonflikt zwischen Hilfe und Kontrolle.

⁸⁹³ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 31 Rz. 5.

*leben offenbaren müßte, etwa auch solche zum intimsten Lebensbereich gehörende Vorgänge wie die Art und Weise der Austragung von Beziehungskonflikten der Eltern untereinander und deren Auswirkung auf die Kinder. ... Der Einsatz der sozialpädagogischen Familienhilfe diene dazu, eine Veränderung des Erziehungsverhaltens der Eltern zu bewirken und auf diese Weise vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen, die mit einer Trennung der Kinder von den Eltern verbunden sind, zu vermeiden. Das für eine solche Maßnahme erforderliche Vertrauensverhältnis zu der Familienhelferin könnte von vornherein nicht begründet werden, wenn die Eltern mit einer späteren Zeugenaussage der Familienhelferin über die Einzelheiten ihres Familienlebens rechnen und diese deshalb vorrangig als Überwachungsorgan der mit einer späteren Sachentscheidung befaßten Stellen ansehen müßten. Der vom Gesetz ausdrücklich gewollte Vorrang der Hilfestellung gegenüber dem vormundschaftsgerichtlichen Eingriff in die elterliche Sorge wäre nicht mehr gewährleistet.*⁸⁹⁴ Die Eignung der Hilfe kann also durch Kontrollaspekte, die Informationen über die Familie an das Jugendamt oder das Familiengericht mit sich bringen, eingeschränkt werden oder gänzlich entfallen.⁸⁹⁵

Andererseits ist die Sozialpädagogische Familienhilfe oft das letzte Mittel, um den Verbleib des Kindes in der Familie zu ermöglichen und eine Fremdunterbringung zu vermeiden.⁸⁹⁶ In Fällen der (drohenden) Kindeswohlgefährdung setzt die Sicherstellung des Schutzauftrags hier voraus, dass auf eine Verschlechterung der Situation oder auf sonstige Erkenntnisse, die den Verbleib des Kindes in der Familie nicht mehr als vertretbar erscheinen lassen, interveniert werden kann. Dies ist erforderlich, um das Kind vor einer Schädigung zu schützen bzw. eine solche zu beenden. Unter dieser Voraussetzung ist das Jugendamt verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz des Kindes zu ergreifen oder zu initiieren, die aus der Perspektive der Eltern nicht nur als Entlastung, sondern auch als Eingriff und Kontrolle empfunden werden können.⁸⁹⁷ Unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften der §§ 61 ff., insbesondere § 65 SGB VIII, muss eine Weitergabe von Informationen somit zum Schutz des Kindes möglich sein, was notwendigerweise einen Kontrollaspekt der Hilfe mit sich bringt.⁸⁹⁸

⁸⁹⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 30. September 1991 – 15 W 231/91, NJW-RR 1992, 583, 584.

⁸⁹⁵ Frings, JAmt 2008, 461, 462.

⁸⁹⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 31 Rz. 5.

⁸⁹⁷ Wiesner in Wiesner SGB VIII 2015 § 8a Rz. 1.

⁸⁹⁸ Kritisch Frings, JAmt 2008, 461, 464: „Festzuhalten ist aber, dass der Gesetzgeber bis zum heutigen Tag der SPFH gerade keinerlei Kontrollauftrag zugewiesen hat.“; für ein Aufdecken von „Kontrollaufträgen“ den Familien gegenüber Frings/Kunkel in LPK-SGB VIII 2016 § 31 Rz. 11.

6.1.1.5 § 32 SGB VIII – Erziehung in einer Tagesgruppe

Nach § 32 SGB VIII soll Hilfe zur Erziehung in einer Tagesgruppe die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen durch soziales Lernen in der Gruppe, Begleitung der schulischen Förderung und Elternarbeit unterstützen und dadurch den Verbleib des Kindes oder des Jugendlichen in seiner Familie sichern. Die Hilfe kann auch in geeigneten Formen der Familienpflege geleistet werden.

Die Erziehung in einer Tagesgruppe nach § 32 SGB VIII hat den Charakter einer teilstationären Hilfe⁸⁹⁹ und bildet damit die Schnittstelle ambulanter und stationärer Hilfe zur Erziehung.⁹⁰⁰ Sie soll die Vorteile stationärer Betreuung mit denen der ambulanten Betreuung verbinden. Durch die Unterbringung des Kindes oder des Jugendlichen in der Tagesgruppe soll sowohl der Minderjährige im Rahmen eines gruppenpädagogischen Konzepts gefördert als auch die betroffene Familie von der Betreuung und Versorgung tagsüber entlastet werden.⁹⁰¹ Durch begleitende Unterstützung der Familie, speziell durch Elternarbeit, soll eine Bewältigung der bestehenden Probleme und eine Neuorientierung ermöglicht werden.⁹⁰² Die Ziele der Hilfe liegen darin, die emotionale Entwicklung und Stabilisierung des Minderjährigen zu verbessern, die schulische Integration zu fördern und zu begleiten sowie die Beziehung zwischen Eltern und Kindern zu verbessern und zu stabilisieren.⁹⁰³ Hierdurch soll das in § 32 SGB VIII formulierte Ziel der Hilfe erreicht werden, den Verbleib des Minderjährigen in der Familie zu ermöglichen und eine Fremdunterbringung über Tag und Nacht vermieden werden.

In § 32 SGB VIII ist eine Altersgrenze für die Inanspruchnahme der Hilfe nicht vorgesehen, für sehr junge Kinder fehlt jedoch in der Regel die Eignung.⁹⁰⁴ In der Praxis nehmen Tagesgruppen überwiegend Kinder und Jugendliche im Alter von sieben bis 15 Jahren auf.⁹⁰⁵ Im Jahr 2014 befanden sich die meisten der in Tagesgruppen betreuten Minderjährigen im Alter zwischen sieben und elf Jahren.⁹⁰⁶ In organisatorischer Hinsicht kann die Tagesgruppe sowohl einer Einrichtung, z.B. einem Heim, angegliedert als auch eine selbstständige Einrichtung sein.⁹⁰⁷ Die inhaltliche Ausge-

⁸⁹⁹ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 32 Rz. 1.

⁹⁰⁰ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 32 Rz. 7; Münder/Trenczek 2015, 172; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 31.

⁹⁰¹ Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 31.

⁹⁰² Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 32 Rz. 8.

⁹⁰³ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 32 Rz. 7 f.

⁹⁰⁴ Münder/Trenczek 2015, 172; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 31.

⁹⁰⁵ Münder/Trenczek 2015, 172 f.; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 31.

⁹⁰⁶ Statistisches Bundesamt 2015, 8.

⁹⁰⁷ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 32 Rz. 6.

staltung von Tagesgruppen umfasst ein breites Spektrum. Dessen äußere Grenze bilden auf der einen Seite Einrichtungen mit einer hortähnlichen Unterbringung der Minderjährigen unter einem betreuungsorientierten Ansatz mit langen Öffnungszeiten. Auf der anderen Seite des Spektrums stehen intensivere, dafür zeitlich zumeist begrenztere Angebotsformen mit behandlungs- und therapieorientierten Ansätzen.⁹⁰⁸

Die Erziehung in einer Tagesgruppe kommt infrage, wenn das soziale Umfeld des Kindes oder des Jugendlichen noch soweit stabil und tragfähig ist bzw. durch die Elternarbeit dahingehend beeinflusst werden kann, dass der Minderjährige jeden Abend in seine Familie zurückkehren kann.⁹⁰⁹ Auch diese Hilfe setzt wieder die Bereitschaft der Familie zur Mitarbeit voraus.⁹¹⁰

6.1.1.6 § 33 SGB VIII – Vollzeitpflege

Gemäß § 33 SGB VIII soll Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege entsprechend dem Alter und Entwicklungsstand des Kindes oder des Jugendlichen und seinen persönlichen Bindungen sowie den Möglichkeiten der Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie Kindern und Jugendlichen in einer anderen Familie eine zeitlich befristete Erziehungshilfe oder eine auf Dauer angelegte Lebensform bieten. Für besonders entwicklungsbeeinträchtigte Kinder und Jugendliche sind geeignete Formen der Familienpflege zu schaffen und auszubauen.

§ 33 SGB VIII beinhaltet die vollstationäre Unterbringung eines Kindes oder eines Jugendlichen in einer anderen Familie. Der Begriff der „*anderen Familie*“ in § 33 SGB VIII ist insofern unpräzise, als auch die Aufnahme eines Minderjährigen durch eine alleinstehende Pflegeperson oder durch Personen möglich ist, die im Rahmen einer anderweitigen Haushaltsgemeinschaft zusammenleben.⁹¹¹ Die Formulierung dient zur Abgrenzung des neuen Lebensmittelpunkts des Minderjährigen im Verhältnis zur ebenfalls in § 33 SGB VIII angesprochenen Herkunftsfamilie. Der Begriff der Herkunftsfamilie bezeichnet die Kleinfamilie, in der das Kind oder der Jugendliche ursprünglich gemeinsam mit seinen Eltern gelebt hat.⁹¹² Andere Verwandte, wie z.B. die Großeltern oder die Geschwister der Eltern des Minderjährigen zählen nicht zu

⁹⁰⁸ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 32 Rz. 10.

⁹⁰⁹ Münder/Trenczek 2015, 173.

⁹¹⁰ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 32 Rz. 3.

⁹¹¹ Struck in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 33 Rz. 7.

⁹¹² Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 32; Blandow 2004.

seiner Herkunftsfamilie.⁹¹³ Die Aufnahme des Minderjährigen in ihren Haushalt kann also auch Vollzeitpflege im Sinne des § 33 SGB VIII sein.⁹¹⁴ Die Rechtsprechung erkennt das Kriterium der „*anderen Familie*“ auch an, wenn die Eltern des Kindes im selben Haushalt wie das Kind und die Pflegeperson leben.⁹¹⁵

Die Hilfe der Vollzeitpflege besteht in einer privaten Betreuung und Erziehung des Kindes oder des Jugendlichen außerhalb des Elternhauses. In der Regel brauchen die Pflegepersonen daher keine fachliche Qualifikation zu besitzen. Erforderlich – und von besonders hoher Bedeutung – ist nur ihre persönliche Eignung für den jeweiligen konkreten Minderjährigen.⁹¹⁶ Etwas anderes gilt nur für die in § 33 Satz 2 SGB VIII genannte Familienpflege für besonders entwicklungsbeeinträchtigte Kinder.⁹¹⁷

§ 33 SGB VIII ermöglicht sowohl eine zeitlich befristete Unterbringung des Minderjährigen in Vollzeitpflege als auch eine auf Dauer angelegte Lebensform. Das Spektrum reicht von der kurzfristigen Aufnahme eines Kindes in einer familialen Notsituation bis zu adoptionsähnlichen Dauerpflegeverhältnissen.⁹¹⁸ Die durchschnittliche Dauer übertrifft mit großem Abstand die der anderen in den §§ 28 bis 35 SGB VIII geregelten Hilfen. Für die im Jahr 2014 gewährten Hilfen auf der Grundlage von § 33 SGB VIII lag die durchschnittliche Dauer bei 58 Monaten.⁹¹⁹ Im Vergleich dazu betrug die durchschnittliche Dauer der Hilfen der Heimerziehung und sonstigen betreuten Wohnform nach § 34 SGB VIII 27 Monate.⁹²⁰

Die Vollzeitpflege kommt infrage, wenn ein Verbleib des Minderjährigen in der Herkunftsfamilie ausgeschlossen ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Eltern zentrale Erziehungs- und Versorgungsfunktionen nicht wahrnehmen.⁹²¹ In Abgrenzung zu anderen vollstationären Hilfeformen kommt speziell die Vollzeitpflege insbesondere in Betracht, wenn für den Minderjährigen kein besonderes pädagogisches Angebot, wie etwa im Rahmen der Heimerziehung möglich, erforderlich ist und wenn

⁹¹³ BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 1995 – 5 C 2/94, NJW 1996, 2385 f.; Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831, 2832; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 33 Rz. 29; *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 33 Rz. 6; *Küfner* in *Kindler u.a. 2010*, 759; *Happ*, NJW 1998, 2409, 2410.

⁹¹⁴ Ausführlich 4.3.

⁹¹⁵ BVerwG, Urteil vom 01. März 2012 – 5 C 12/11, JAMt 2012, 329 ff.

⁹¹⁶ *Münder/Trenczek* 2015, 173; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 32.

⁹¹⁷ *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 33 Rz. 10; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 33 Rz. 39.

⁹¹⁸ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 33 Rz. 22; *Struck* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 33 Rz. 8; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 32.

⁹¹⁹ *Statistisches Bundesamt* 2015, 51.

⁹²⁰ *Statistisches Bundesamt* 2015, 51.

⁹²¹ *Münder/Trenczek* 2015, 174; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 32.

es nicht darum geht, die Verselbstständigung zu fördern. Dies ist überwiegend bei jüngeren Minderjährigen der Fall. Ein Schwerpunkt der Vollzeitpflege liegt in der Praxis bei Kindern im Vorschulalter.⁹²² Von den im Jahr 2014 begonnenen Hilfen zur Erziehung in Form von Vollzeitpflege betrafen rund 45 Prozent Kinder im Alter von null bis fünf Jahren. Der größte Anteil betraf Kinder im ersten Lebensjahr.⁹²³ Für die Fremdunterbringung von Jugendlichen wird überwiegend anstelle der Vollzeitpflege eine Hilfeform gewählt, die stärker auf Verselbstständigung ausgerichtet ist.⁹²⁴

In den Fällen, in denen ein Verbleib des Kindes in seiner Herkunftsfamilie nicht möglich und daher eine Fremdunterbringung notwendig ist, besteht ein besonders hoher erzieherischer Bedarf, d.h. eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung ist in besonders hohem Maße nicht gewährt. Hier liegt vielfach eine Gefährdung des Kindeswohls vor. Von den im Jahr 2014 erbrachten Hilfen nach § 33 SGB VIII wurden ca. 18 Prozent aufgrund einer vorangegangenen Gefährdungseinschätzung nach § 8a SGB VIII eingeleitet. Dies ist unter allen Hilfearten der zweitgrößte Anteil.⁹²⁵ Die Hilfe erfolgt oft auf Anraten bzw. Druck des Jugendamts oder wird auf der Grundlage einer Entscheidung des Familiengerichts nach § 1666 BGB durch den Vormund oder Pfleger des Kindes in Anspruch genommen.⁹²⁶ Im letzteren Fall handelt es sich nicht mehr um eine Leistung den Eltern gegenüber, sondern die Hilfe wird dem neuen Inhaber der Personensorge als Anspruchsinhaber erbracht. Für die Eltern gestaltet sich die – aus ihrer Sicht – unfreiwillige Inpflegegabe des Kindes als Eingriff. Eine Trennung des Kindes von seiner Familie gegen den Willen der Eltern setzt nach § 1666a Abs. 1 BGB voraus, dass die bestehende Kindeswohlgefährdung nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, abgewendet werden kann.

Sofern die Vollzeitpflege von den personensorgeberechtigten Eltern freiwillig in Anspruch genommen worden ist, können die Eltern grundsätzlich ihr Einverständnis zu der Hilfe zurücknehmen und das Kind herausverlangen. Sofern diese Möglichkeit bereits im Vorfeld absehbar erscheint, kann dies für das Familiengericht bei bestehender Kindeswohlgefährdung ein Grund sein, auf der Basis von § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB Teile der elterlichen Sorge zu entziehen.⁹²⁷ Zwar sind die Eltern kurzfristig

⁹²² *Struck* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 33 Rz. 19; *Moch* 2014, 620; *Münder/Trenczek* 2015, 174.

⁹²³ *Statistisches Bundesamt* 2015, 9, Prozentangabe nach eigener Berechnung.

⁹²⁴ *Münder/Trenczek* 2015, 174.

⁹²⁵ *Statistisches Bundesamt* 2015, 51, Prozentangabe nach eigener Berechnung.

⁹²⁶ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner* SGB VIII 2015 § 33 Rz. 4.

⁹²⁷ OLG Brandenburg, Beschluss vom 15. Dezember 2008 – 9 UF 60/08, FamRZ 2009, 993.

betrachtet bereit, durch Annahme der Hilfe die Gefährdung abzuwenden, ein dauerhafter Schutz des Kindes ist jedoch nicht gewährleistet. Gleiches kann gelten, wenn die Eltern anbieten, eine Sorgerechtsvollmacht für das Jugendamt zu erteilen, um Maßnahmen nach § 1666 BGB abzuwenden.⁹²⁸ Verlangen die personensorgeberechtigten Eltern ihr Kind heraus, kann das Familiengericht nach § 1632 Abs. 4 BGB von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson anordnen, dass das Kind bei der Pflegeperson verbleibt, sofern die Herausnahme zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen würde. Kann die Gefahr damit abgewendet werden, liegt in der Regel kein hinreichender Grund vor, den Eltern die elterliche Sorge ganz oder teilweise zu entziehen. Die Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB hat als milderes Mittel Vorrang.⁹²⁹

6.1.1.7 § 34 SGB VIII – Heimerziehung, sonstige betreute Wohnform

Gemäß § 34 SGB VIII soll Hilfe zur Erziehung in einer Einrichtung über Tag und Nacht (Heimerziehung) oder in einer sonstigen betreuten Wohnform Kinder und Jugendliche durch eine Verbindung von Alltagserleben mit pädagogischen und therapeutischen Angeboten in ihrer Entwicklung fördern. Sie soll entsprechend dem Alter und Entwicklungsstand des Kindes oder des Jugendlichen sowie den Möglichkeiten der Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie eine Rückkehr in die Familie zu erreichen versuchen oder die Erziehung in einer anderen Familie vorbereiten oder eine auf längere Zeit angelegte Lebensform bieten und auf ein selbstständiges Leben vorbereiten. Jugendliche sollen in Fragen der Ausbildung und Beschäftigung sowie der allgemeinen Lebensführung beraten und unterstützt werden.

Bei der Heimerziehung handelt es sich um eine weitere vollstationäre Hilfeform. Die Hilfe wird in einer Einrichtung erbracht.⁹³⁰ Das Kind oder der Jugendliche ist über Tag und Nacht außerhalb der Familie untergebracht und seine Betreuung und Erziehung erfolgt in einer Gruppe durch professionelle Fachkräfte.⁹³¹ Es besteht ein differenziertes Angebot unterschiedlicher Heime. Die Einrichtungen unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer Größe als auch hinsichtlich ihrer Konzepte.⁹³²

⁹²⁸ Hoffmann, JAmt 2015, 6, 9; *DIJuF*, JAmt 2016, 82 f.

⁹²⁹ BGH, Beschluss vom 22. Januar 2014 – XII ZB 68/11, NJW 2014, 1004.

⁹³⁰ Zum Begriff der Einrichtung *Nonninger* in LPK-SGB VIII 2016 § 45 Rz. 8; *Mörsberger* in Wiesner SGB VIII 2015 § 45 Rz. 31 ff.; *Mrozynski*, ZfJ 1994, 145 ff.

⁹³¹ *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 33.

⁹³² *Nonninger* in LPK-SGB VIII 2016 § 34 Rz. 13; *Struck/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 34 Rz. 2.

Der Begriff der sonstigen betreuten Wohnform umfasst verschiedene vollstationäre Hilfsangebote. Dies können z.B. betreute Wohngemeinschaften, betreutes Einzelwohnen, Kinder- und Jugenddörfer oder Kinderhäuser sein.⁹³³ Die Abgrenzung der Heimerziehung von der Erziehung in einer sonstigen betreuten Wohnform ist nicht immer eindeutig. Tendenziell betonen die sonstigen betreuten Wohnformen in stärkerem Maße die Eigenständigkeit der Minderjährigen.⁹³⁴

Es kommt sowohl kurzfristige Hilfe nach § 34 SGB VIII in Betracht, etwa in einer Not-situation oder auch zum Finden einer geeigneten Pflegeperson für eine Hilfe nach § 33 SGB VIII, als auch eine längerfristige Dauer bis hin zu einem dauerhaften Verbleib bis zum Eintritt der Volljährigkeit.⁹³⁵ Die Heimerziehung wird überwiegend für sehr junge Kinder als weniger geeignet angesehen.⁹³⁶ Für sie wird der Entwicklung familienähnlicher Betreuungskonzepte eine hohe Bedeutung beigemessen.⁹³⁷ Von den im Jahr 2014 begonnenen Hilfen nach § 27 i.V.m. § 34 SGB VIII betrafen nur rund 14 Prozent Kinder unter acht Jahren.⁹³⁸ Für ältere Jugendliche kurz vor Eintritt der Volljährigkeit bietet sich zumeist die Hilfe in einer sonstigen betreuten Wohnform aufgrund der stärkeren Verselbstständigung mehr an als die Heimerziehung.⁹³⁹

Auch die Hilfe nach § 34 SGB VIII kommt infrage, wenn familienunterstützende Hilfen nicht ausreichen, der Verbleib des Minderjährigen in seiner Familie also nicht möglich ist. Rund 19 Prozent der im Jahr 2014 gewährten Hilfen wurden aufgrund einer vorangegangenen Gefährdungseinschätzung nach § 8a SGB VIII eingeleitet. Dies ist unter allen Hilfearten der größte Anteil.⁹⁴⁰ Auch hier stellt sich die Hilfe für die Eltern des Minderjährigen nicht immer als Leistung dar.⁹⁴¹

6.1.1.8 § 35 SGB VIII – Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung

Gemäß § 35 SGB VIII soll Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung Jugendlichen gewährt werden, die einer intensiven Unterstützung zur sozialen Integration und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung bedürfen. Die Hilfe ist in der

⁹³³ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 34 Rz. 23 ff.

⁹³⁴ Nonninger in LPK-SGB VIII 2016 § 34 Rz. 14.

⁹³⁵ Münder/Trenczek 2015, 175; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 33.

⁹³⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 34 Rz. 47: Institutionelle Erziehung für Säuglinge und Kleinkinder nur als Interimslösung tolerabel.

⁹³⁷ Münder/Trenczek 2015, 175.

⁹³⁸ Statistisches Bundesamt 2015, 9, Prozentangabe nach eigener Berechnung.

⁹³⁹ Münder/Trenczek 2015, 175.

⁹⁴⁰ Statistisches Bundesamt 2015, 51, Prozentangabe nach eigener Berechnung.

⁹⁴¹ Vgl. 6.1.1.6.

Regel auf längere Zeit angelegt und soll den individuellen Bedürfnissen des Jugendlichen Rechnung tragen.

Es handelt sich bei der Intensiven sozialpädagogischen Einzelbetreuung selbst um eine ambulante Hilfe, die aber oft im Rahmen der Fremdunterbringung des Minderjährigen erbracht wird.⁹⁴² Die Hilfe nach § 35 SGB VIII ist gekennzeichnet durch besondere Intensität sowohl hinsichtlich der zeitlichen Verfügbarkeit der Betreuungsperson als auch hinsichtlich der inhaltlichen Qualität.⁹⁴³ Hinsichtlich der Ausgestaltung der Hilfe enthält § 35 SGB VIII keine Regelungen, sodass hier ein breiter Spielraum eröffnet ist.⁹⁴⁴ Ziel der Hilfe ist es, die betroffenen Minderjährigen sozial zu integrieren und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung zu befähigen.⁹⁴⁵ Die Angebotsgestaltung der Hilfe nach § 35 SGB VIII ist in besonderem Maße auf die individuelle Situation des jeweiligen Jugendlichen ausgerichtet.⁹⁴⁶ Teilweise ist die Ansprechbereitschaft einer Fachkraft rund um die Uhr erforderlich.⁹⁴⁷ In inhaltlicher Hinsicht erfolgt Hilfestellung sowohl im Hinblick auf persönliche Probleme und Notlagen als auch in praktischen Fragen. Dies kann etwa die Beschaffung von Wohnraum, die Haushaltsführung, die Verwaltung der Finanzen, die Vermittlung einer Ausbildung, der Umgang mit Behörden oder die Freizeitgestaltung sein.⁹⁴⁸ Die Hilfe richtet sich nach § 35 SGB VIII in ihrer Form als Hilfe zur Erziehung⁹⁴⁹ ausschließlich an Jugendliche und ist in der Regel auf längere Zeit angelegt. Die im Jahr 2014 gewährten Hilfen dauerten durchschnittlich 14 Monate.⁹⁵⁰

Die Hilfe kommt für besonders gefährdete und teilweise erheblich geschädigte Jugendliche infrage. Beispiele für zugrunde liegende Probleme können Kontakte zum Drogen- oder Prostituiertenmilieu oder Delinquenz sein.⁹⁵¹

⁹⁴² *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 35 Rz. 3; *Tammen* in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 34.

⁹⁴³ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 35 Rz. 11.

⁹⁴⁴ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 35 Rz. 17; *Münder/Trenczek* 2015, 177.

⁹⁴⁵ *Nonninger* in LPK-SGB VIII 2016 § 35 Rz. 10 f.

⁹⁴⁶ *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 35 Rz. 1.

⁹⁴⁷ *Nonninger* in LPK-SGB VIII 2016 § 35 Rz. 16; *Struck/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 35 Rz. 4; *Münder/Trenczek* 2015, 177; *Tammen* in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 34.

⁹⁴⁸ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 35 Rz. 20.

⁹⁴⁹ Mehr als 1/3 der Hilfen nach § 35 SGB VIII wird auf der Grundlage von § 41 SGB VIII für junge Volljährige erbracht, vgl. *Statistisches Bundesamt* 2015, 10.

⁹⁵⁰ *Statistisches Bundesamt* 2015, 51.

⁹⁵¹ *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 35 Rz. 1; *Münder/Trenczek* 2015, 176.

6.1.2 Die Systematik der in §§ 28 bis 35 SGB VIII vorgesehenen Hilfen

Die in dem Katalog der §§ 28 bis 35 SGB VIII aufgeführten Hilfen weisen erhebliche Unterschiede hinsichtlich ihres Umfangs auf. Ihre systematische Anordnung im SGB VIII erfolgt nach diesem Kriterium, d.h. die Reihenfolge der Hilfen im Gesetz ist nach der Intensität⁹⁵² der Unterstützung der Eltern, der Familie bzw. der betroffenen Kinder oder Jugendlichen angeordnet.⁹⁵³ Beginnend mit der wenig intensiven Hilfe der Erziehungsberatung werden in den §§ 28 bis 31 SGB VIII zunächst ambulante Hilfen angeführt, bei denen der Minderjährige im bisherigen sozialen Umfeld verbleibt. Deren Abschluss bildet die intensive familienbezogene Hilfe des § 31 SGB VIII, bei der es durch die regelmäßige Anwesenheit des Familienhelfers bzw. der Familienhelferin in der Familie zu einer erheblichen Einwirkung in deren Privatsphäre kommt.⁹⁵⁴ Im Übergang zu stationären Hilfen folgt in § 32 SGB VIII mit der Erziehung in einer Tagesgruppe eine teilstationäre Hilfe, die bereits tagsüber eine zeitweise Unterbringung des Kindes oder des Jugendlichen außerhalb des Elternhauses beinhaltet. Abschließend werden mit den §§ 33 und 34 SGB VIII stationäre Hilfen angeführt. Indem der Minderjährige hier außerhalb des Elternhauses untergebracht wird, haben diese Hilfen erhebliche Auswirkungen auf die Familie und die in ihrem Rahmen betroffenen Personen. Im § 35 SGB VIII ist schließlich die sowohl quantitativ als auch qualitativ⁹⁵⁵ besonders intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung geregelt.

Aus dieser Anordnung der Hilfen im Gesetz ergibt sich keine Rangfolge der einzelnen Hilfetypen in dem Sinne, dass zunächst schwächere Hilfeformen heranzuziehen sind, bevor zu intensiveren übergegangen werden kann.⁹⁵⁶ Entscheidend ist einzig der Bedarf im Einzelfall. Insofern hängt die Gewährung einer bestimmten Hilfe davon ab, ob diese sich bereits bei der Prüfung des Tatbestandes des § 27 Abs. 1 SGB VIII als geeignet und notwendig erweist. Andere Aspekte, etwa finanzieller Art dürfen bei

⁹⁵² Nicht im Sinne einer *Eingriffsintensität*.

⁹⁵³ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 20.

⁹⁵⁴ Vgl. 6.1.1.4.

⁹⁵⁵ Vgl. 6.1.1.8.

⁹⁵⁶ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf des KJHG BT-Drucks. 11/5948, 69 zu § 26; *Stähr* in *Hauck/Noftz SGB VIII* § 27 Rz. 42; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 27 Rz. 28; *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 27 Rz. 20; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011* Kap. 3.5 Rz. 19; *Münder/Trenczek 2015*, 165.

der Auswahl der Hilfe keine Rolle spielen.⁹⁵⁷ Auch der Übergang von einer Hilfeform zu einer anderen ist möglich.⁹⁵⁸

Die Intensität der Hilfe ist allerdings von Bedeutung bei der Frage der Notwendigkeit. Eine Hilfe ist nicht notwendig, wenn bereits eine weniger intensive Hilfe voraussichtlich in der Lage sein wird, den erzieherischen Bedarf zu decken.⁹⁵⁹ Bereits hieraus folgt, dass bei Eignung mehrerer Hilfen im Zweifel vorrangig Hilfen in Betracht zu ziehen sind, die die geringere Intensität aufweisen. Zudem gibt § 1666a BGB, der die Trennung des Kindes von seiner Familie als letztes infrage kommende Mittel zur Abwendung einer Gefährdung benennt, einen Hinweis auf Hilfen, die das vorhandene Sozialisationsfeld des Kindes erhalten. Zwar ist § 1666a BGB im Leistungsrecht des SGB VIII nicht anwendbar, es lässt sich daraus jedoch eine Wertung entnehmen, dass die Lebenswelt des Kindes möglichst erhalten werden soll.⁹⁶⁰

6.1.3 Die Kombination von Hilfen

Die einzelnen Hilfen nach §§ 28 bis 35 SGB VIII sind nicht isoliert zu betrachten, es kommt auch eine Kombination verschiedener Hilfen infrage. Umstritten ist jedoch, in welchem Umfang dies möglich ist. Teilweise wird die Kombination von Hilfen nur eingeschränkt für zulässig gehalten.

Vereinzelt wird vertreten, ein „Hilfearten-Mix“ sei generell nicht möglich. Begründet wird dies aus einem Umkehrschluss aus § 32 Satz 2 SGB VIII, der ausdrücklich die Gewährung der Erziehung in einer Tagesgruppe in Form der Familienpflege (§ 33 SGB VIII) vorsieht. Es wird damit argumentiert, hiermit werde abschließend die Möglichkeit der Kombination von Hilfearten für die Hilfen der § 32 und 33 SGB VIII geregelt.⁹⁶¹ Diese Position lehnt auch die Kumulierung verschiedener Hilfearten ab.⁹⁶²

Nach einer etwas offeneren Ansicht soll die Gewährung mehrerer Hilfen nebeneinander zwar möglich sei, dies jedoch nur wenn diese sich an verschiedene Personen richteten, etwa die Gewährung von Erziehungsberatung für die Eltern neben einer anderen Hilfe zur Erziehung für das Kind oder den Jugendlichen.⁹⁶³ Die Gewährung

⁹⁵⁷ *Münder/Trenczek* 2015, 165.

⁹⁵⁸ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 27 Rz. 18.

⁹⁵⁹ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 27 Rz. 20; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 19.

⁹⁶⁰ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII* 2013 § 27 Rz. 20; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 19.

⁹⁶¹ *Kunkel*, ZfJ 1998, 205, 208.

⁹⁶² *Kunkel*, ZfJ 1998, 205, 208.

⁹⁶³ *Happe/Saubier* in *Jans u.a.* § 27 Rz. 38b.

von Hilfe zur Erziehung durch Kumulierung verschiedener Hilfearten für einen Minderjährigen sei dagegen ausgeschlossen.⁹⁶⁴ Dies wird mit der Systematik des Gesetzes begründet, wonach sich die Hilfen der §§ 28 bis 35 SGB VIII grundsätzlich gegenseitig ausschließen sollten.⁹⁶⁵

Demgegenüber wird überwiegend sowohl ein „Hilfearten-Mix“ als auch die Kumulierung verschiedener Hilfearten für ein Kind für möglich gehalten.⁹⁶⁶ Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass in jedem Einzelfall bedarfsgerechte Hilfe zu erbringen sei.⁹⁶⁷ Hierzu müsse sich der Träger der öffentlichen Jugendhilfe aller Leistungen und Hilfen bedienen können, die zur Deckung des konkreten und individuellen Bedarfs geeignet und erforderlich seien, und ggf. einen in verschiedenen Lebensbereichen bestehenden Hilfebedarf durch verschiedene Leistungen abdecken.⁹⁶⁸ Zudem wird die Regelung des § 32 Satz 2 SGB VIII, wonach die Erziehung in einer Tagesgruppe in Form der Familienpflege erbracht werden kann, als Argument gerade für eine mögliche Kombination von Hilfen angeführt.⁹⁶⁹ Eine Kombination wird allerdings nur dann für möglich gehalten, sofern sich die jeweiligen Hilfearten nicht gegenseitig ausschließen.⁹⁷⁰

Die Gesetzesmaterialien enthalten zur Frage der Vermischung oder Kombination verschiedener Hilfearten uneinheitliche und hinsichtlich der Position der Bundesregierung widersprüchliche Aussagen. Zunächst heißt es in der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf zum KJHG: *„Die einzelnen Hilfeformen dürfen nicht als miteinander konkurrierende Hilfen verstanden werden, sondern müssen als einander ergänzende und miteinander verzahnte Hilfen angesehen und dementsprechend organisiert werden.“*⁹⁷¹ Auch der Bundesrat geht in seiner Stellungnahme von der Notwendigkeit aus, Hilfearten miteinander zu kumulieren. Er schlägt vor, dies in § 36 Abs. 2 SGB VIII deutlich zu machen, indem dort nicht von der Entscheidung

⁹⁶⁴ Happe/Saubier in Jans u.a. § 27 Rz. 38b; Kunkel, ZfJ 1998, 205, 208.

⁹⁶⁵ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 11/6002, 6.

⁹⁶⁶ VG München, Urteil vom 03. September 2014 – M 18 K 13.1756, juris Rz. 37; OVG RP, Urteil vom 17. Dezember 2004 – 12 A 11228/04, FEVS 56, 420; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 41, 44; nunmehr Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 28; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 29; Tammen/Trenczek in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 18; Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 15; Tammen in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 17.

⁹⁶⁷ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 29.

⁹⁶⁸ VG München, Urteil vom 03. September 2014 – M 18 K 13.1756, juris Rz. 37.

⁹⁶⁹ VG München, Urteil vom 03. September 2014 – M 18 K 13.1756, juris Rz. 37.

⁹⁷⁰ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 29; Tammen in Mündler/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 17.

⁹⁷¹ BT-Drucks. 11/5948, 69, Vorbemerkung zu den §§ 27 bis 35.

„über die im Einzelfall angezeigte Hilfeart“, sondern „über die angezeigten Hilfen“ gesprochen werden sollte: „Entsprechend dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall (§ 26 Abs. 2) können mehrere Hilfen gleichzeitig notwendig sein. Die Einschränkung auf eine Hilfeart ist nicht sachgerecht.“⁹⁷² Hierauf erwidert die Bundesregierung: „Die in § 36 geregelte Mitwirkung von Kindern, Jugendlichen und Personensorgeberechtigten bezieht sich auf die in den §§ 27 bis 35 geregelten Hilfearten. Im Gegensatz zum Bundesrat ist die Bundesregierung allerdings der Auffassung, daß sich diese Hilfearten grundsätzlich gegenseitig ausschließen, eine gleichzeitige Gewährung mehrerer Hilfearten also nicht in Betracht kommt.“⁹⁷³ Angesichts dieser unterschiedlichen Aussagen überzeugt es nicht, die Entgegnung der Bundesregierung unter Berufung auf den gesetzgeberischen Willen als Argument gegen eine Kombination von Hilfearten zu betrachten.

Eine derartige Auslegung wird inhaltlich dem Charakter der Hilfe zur Erziehung und dem Sinn der Auflistung der verschiedenen Hilfearten in §§ 28 bis 35 SGB VIII nicht gerecht. § 27 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII verpflichtet dazu, Art und Umfang der Hilfe am jeweiligen Bedarf auszurichten. Die Hilfe ist somit bedarfs- und nicht angebotsgerecht auszugestalten.⁹⁷⁴ Dabei können die individuellen Bedarfe höchst unterschiedlich sein und nicht in jedem Fall „passt“ darauf eine einzelne Hilfeart. Es kann die Kombination von Elementen verschiedener Hilfearten oder die Gewährung der Hilfe durch mehrere Hilfearten gleichzeitig erforderlich sein. Die Hilfearten sind, um durch eine starre begriffliche Festschreibung die konkrete Hilfestaltung und eine flexible Anpassung an künftige Anforderungen nicht zu behindern,⁹⁷⁵ in den §§ 28 bis 35 SGB VIII nicht detailliert beschrieben. Es sind jeweils nur die wesentlichen Merkmale dargestellt. Daher ist teilweise eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen Hilfen gegeneinander nicht möglich. Es ergeben sich vielmehr fließende Übergänge. Die Hilfen sind nicht als miteinander konkurrierend angelegt, sondern sollen sich gegenseitig ergänzen und miteinander verzahnt werden.⁹⁷⁶ Nach dieser Zielsetzung schließen sich die Hilfen nicht gegenseitig aus, sondern müssen im Einzelfall auch neben-

⁹⁷² Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 11/5948, 133 zu § 36 Abs. 2.

⁹⁷³ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 11/5948, 6.

⁹⁷⁴ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 29.

⁹⁷⁵ BT-Drucks. 11/5948, 69, Vorbemerkung zu den §§ 27 bis 35.

⁹⁷⁶ So auch die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf BT-Drucks. 11/5948, 69; Stähr in Hauck SGB VIII § 27 Rz. 40; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 18.

einander eingesetzt werden können. Eine Grenze ergibt sich erst dort, wo Hilfen sich aufgrund ihrer gegensätzlichen Zielrichtung gegenseitig ausschließen.⁹⁷⁷

Somit können Hilfearten aus dem genannten Katalog oder einzelne Elemente verschiedener Hilfearten kumulativ erbracht werden. Es ist daher auch möglich, dem Anspruchsinhaber aus verschiedenen Hilfeformen eine passende individuelle Hilfe zusammenzusetzen.⁹⁷⁸

6.2 Hilfen außerhalb der §§ 28 bis 35 SGB VIII

Nach § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII wird Hilfe zur Erziehung insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 SGB VIII erbracht. Der Begriff „insbesondere“ macht deutlich, dass es sich bei den §§ 28 bis 35 SGB VIII um keine abschließende Aufzählung möglicher Hilfearten handelt. Dies unterstreicht auch § 27 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII, wonach sich Art und Umfang der Hilfe nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten.

6.2.1 Die Entwicklung neuer Hilfeformen

Die Öffnungsklausel nach § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII eröffnet die Möglichkeit, über die in §§ 28 bis 35 SGB VIII genannten Hilfen hinaus neue Hilfeformen zu entwickeln.⁹⁷⁹ Dies ist auch durch Kombination verschiedener Hilfen oder von Elementen verschiedener Hilfen möglich. Die Einordnung als Hilfe zur Erziehung setzt lediglich voraus, dass es sich um eine einzelfallbezogene sozialpädagogische Leistung handelt, die für die in § 27 Abs. 1 SGB VIII beschriebene Problemlage einsetzbar ist.⁹⁸⁰ Hinsichtlich des Inhalts der Hilfe ist die Regelung des § 27 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII maßgeblich, wonach Hilfe zur Erziehung insbesondere die Gewährung pädagogischer und damit verbundener therapeutischer Leistungen umfasst. Hiermit wird festgelegt, dass der fachliche Schwerpunkt der Hilfe zur Erziehung in der Gewährung (sozial-)pädagogischer Hilfestellung liegt.⁹⁸¹

Als Hilfe zur Erziehung, die außerhalb des Katalogs der §§ 28-35 SGB VIII erbracht wird, kommt etwa die gemeinsame Unterbringung von Mutter und Kind in einer

⁹⁷⁷ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 41 mit Beispielen für kombinierbare und einander ausschließende Hilfearten.

⁹⁷⁸ Münster/Trenczek 2015, 166: Hilfe „nach Maß“.

⁹⁷⁹ Tammen/Trenczek in Münster u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 18; Tammen in Münster/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 17; Wiesner, NDV 1998, 225, 227.

⁹⁸⁰ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 44.

⁹⁸¹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 31.

Mutter-Kind-Abteilung des Strafvollzugs nach § 80 StVollzG in Betracht.⁹⁸² Nach dieser Vorschrift kann ein noch nicht schulpflichtiges Kind einer Gefangenen mit Zustimmung des Inhabers des Aufenthaltsbestimmungsrechts in der Vollzugsanstalt untergebracht werden, in der sich seine Mutter befindet, wenn dies seinem Wohl entspricht. Das Bundesverwaltungsgericht leitet den Anspruch auf diese Unterstützung aus § 27 SGB VIII ab und führt dazu aus: *„Zwar ist die Unterbringung in einer Mutter- und Kind-Einrichtung des Strafvollzugs als Form der Hilfe zur Erziehung im SGB VIII nicht genannt, doch lässt der Wortlaut des § 27 Absatz I SGB VIII Raum für die Berücksichtigung neuer, im Gesetz nicht vorgesehener Hilfeformen der Praxis. ... Das Gesetz enthält keine abschließende Aufzählung möglicher Hilfeformen, vielmehr lässt der Wortlaut des § 27 Absatz II SGB VIII, wonach Hilfe zur Erziehung ‚insbesondere‘ nach Maßgabe der §§ 28-§ 35 SGB VIII gewährt wird und Art und Umfang der Hilfe sich nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten, Raum auch für andere, ungenannte Hilfeformen, auf die bei entsprechendem erzieherischen Bedarf ein Anspruch besteht.“*⁹⁸³ Aufgrund der Einschränkung der Mutter bei der Wahrnehmung ihrer elterlichen Sorge durch das Leben in der Vollzugsanstalt und des Einflusses der Vollzugsbedingungen auf die Erziehungsbedingungen bejaht das Gericht den erzieherischen Bedarf. Um eine Trennung von Mutter und Kind zu verhindern und damit negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes infolge von Trennungstraumata zu vermeiden, ist die Hilfe laut Bundesverwaltungsgericht auch geeignet und erforderlich.⁹⁸⁴ Damit betont das Gericht die Offenheit und Flexibilität der erzieherischen Hilfen und stellt klar, dass die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe auch (oder gerade) innerhalb gänzlich anderer rechtlicher Regelungssysteme, wie hier dem Strafvollzugsrecht, nicht ausgeschlossen sind.⁹⁸⁵

Daneben ist auch die Gewährung von Hilfe zur Erziehung durch die gemeinsame Unterbringung eines Kleinkindes mit seinen Eltern im Anschluss an eine Drogenentziehung in einer Nachsorgeeinrichtung gerichtlich anerkannt.⁹⁸⁶ Infrage kommt etwa auch eine ambulante erzieherische Betreuung⁹⁸⁷ oder die Unterbringung in einer Notschlafstelle.⁹⁸⁸ Da eine sozialpädagogische Unterstützung in aller Regel nur im Rahmen eines kommunikativen Prozesses erfolgen kann, ist für Adressaten ohne

⁹⁸² BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 2002 – 5 C 48.01, NJW 2003, 2399 ff.

⁹⁸³ BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 2002 – 5 C 48.01, NJW 2003, 2399, 2401.

⁹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 2002 – 5 C 48.01, NJW 2003, 2399, 2401.

⁹⁸⁵ Tammen, UJ 2004, 43, 45.

⁹⁸⁶ VG Hamburg, Urteil vom 18. Dezember 2001 – 13 VG 569/2001, ZfJ 2002, 241; VGH HE, Beschluss vom 12. Dezember 2000 – 1 TG 3964/00, ZfJ 2001, 71.

⁹⁸⁷ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 44.

⁹⁸⁸ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 27.

hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache auch die Sprachmittlung vom Anspruch nach § 27 Abs. 1 SGB VIII umfasst.⁹⁸⁹

6.2.2 Leistungsangebote aus anderen Abschnitten des SGB VIII als Hilfe zur Erziehung

Umstritten ist hingegen, ob neben der Entwicklung neuer Hilfen auch die Gewährung von Leistungen als Hilfe zur Erziehung infrage kommt, die in anderen Abschnitten des SGB VIII schon eigens geregelt sind. Diese Frage ist dann relevant, wenn eine Leistung an anderer Stelle des Gesetzes geregelt ist, aber auf Grundlage der betreffenden Rechtsvorschrift – jedenfalls in der im Einzelfall erforderlichen Form – nicht beansprucht werden kann. Denkbar ist etwa, dass ein erzieherischer Bedarf eines schulpflichtigen Kindes besteht, der durch die Förderung des Kindes in einem Hort gedeckt werden kann. Die Grundlage einer solchen Förderung ist in § 24 Abs. 4 SGB VIII verankert. Diese Vorschrift gewährt jedoch keinen Rechtsanspruch. Sie enthält lediglich die Verpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, für Kinder im schulpflichtigen Alter ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten. Eine vergleichbare Konstellation liegt vor, wenn für den Minderjährigen aufgrund seines Alters eine Förderung im Hort nach den Regelungen der Kindertagesförderung nicht mehr in Betracht kommt, zur Deckung des erzieherischen Bedarfs aber die Fortsetzung der Förderung in der Einrichtung für einen Übergangszeitraum geeignet und erforderlich wäre. Infrage kommt auch, dass die Förderung des Kindes in einer konkreten Kindertageseinrichtung geeignet und erforderlich wäre, den erzieherischen Bedarf zu decken. Hier kommt etwa eine Einrichtung mit erweiterten Öffnungszeiten in Betracht (sog. 24-Stunden-Kita). Wenn das Kind auf Grundlage des Rechts der Kindertagesförderung die Aufnahmevoraussetzungen nicht erfüllt, etwa weil dafür Voraussetzung wäre, dass die Eltern im Schichtdienst berufstätig sind, oder wenn der vorgesehene zeitliche Umfang der Betreuung überschritten würde, stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Hilfe zur Erziehung ein Anspruch auf den betreffenden Platz bestehen kann.

Teilweise wird die Öffnungsklausel des § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII dahin verstanden, dass auch Angebote aus anderen Abschnitten des SGB VIII, namentlich solche nach §§ 16 ff. SGB VIII, im konkreten Einzelfall als Hilfe zur Erziehung in Frage kommen, sofern sie geeignet und erforderlich im Sinne von § 27 Abs. 1 SGB VIII

⁹⁸⁹ DRK 2016, 27 f.

sind.⁹⁹⁰ Dem gegenüber steht eine andere Meinung, nach der zwischen den Leistungen der einzelnen Abschnitte des Leistungskapitels des SGB VIII klar zu trennen ist und Leistungsangebote aus anderen Abschnitten des SGB VIII nicht als Hilfe zur Erziehung infrage kommen.⁹⁹¹

Die Möglichkeit der Gewährung von Hilfe zur Erziehung in Form anderweitig im Gesetz geregelter Leistungen wird im Wesentlichen mit Blick auf das Wesen maßgeschneiderter Hilfen bejaht.⁹⁹² Zudem bedeute es eine ungerechtfertigte Schlechterstellung des Anspruchsberechtigten, ihm eine im Einzelfall geeignete und notwendige Hilfe zu verweigern, weil deren Inhalt schon an anderer Stelle im Gesetz geregelt sei.⁹⁹³

Von der ablehnenden Meinung wird eine klare Trennung zwischen den Leistungsangeboten aus verschiedenen Abschnitten des SGB VIII unter Hinweis auf die Systematik des Gesetzes gefordert. Während nach der Regelung des JWG ein erzieherischer Bedarf ausgereicht habe, um allgemein Hilfe zur Erziehung irgendeiner Art nach §§ 5, 6 JWG zu leisten, sei dies angesichts der ausdifferenzierteren Systematik der unterschiedlichen Hilfen im SGB VIII ausgeschlossen.⁹⁹⁴ Die Systematik des SGB VIII sei dahingehend zu verstehen, dass sie von einem klar abgegrenzten Nebeneinander der verschiedenen Leistungen ausgehe und aus diesem Grunde für sie unterschiedliche Voraussetzungen, unterschiedliche Verpflichtungsgrade sowie unterschiedliche Kostenbeteiligungsregelungen festgelegt habe.⁹⁹⁵ Die Tatsache, dass eine Leistung in einem bestimmten Abschnitt des Gesetzes geregelt sei, besage, dass ihre Gewährung auf den jeweiligen Leistungsabschnitt beschränkt sei und nicht als Rechtsfolge anderer Regelungen des Gesetzes infrage komme.⁹⁹⁶ Damit sei Hilfe zur Erziehung ausschließlich diejenige Leistung der Jugendhilfe, die in ihren Voraussetzungen in § 27 und in den Rechtsfolgen in den §§ 27 i.V.m. 28 bis 35 SGB VIII geregelt sei.⁹⁹⁷ Leistungen aus anderen Abschnitten des SGB VIII könnten

⁹⁹⁰ *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 19*; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 21*.

⁹⁹¹ *Etwa Stähr* in *Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 45*; *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 27*; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 29*; *Tillmanns* in *MünchKomm BGB § 27 SGB VIII Rz. 6*.

⁹⁹² *Tammen/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 19*.

⁹⁹³ *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 21*; *Münder/Trenczek 2015, 166*.

⁹⁹⁴ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 24*; *Röchling 1997, 263 f.*; *Kunkel, ZfJ 1991, 145, 148*.

⁹⁹⁵ *Stähr* in *Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 45*; *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 27*; *Kunkel, ZfJ 1998, 205, 208*.

⁹⁹⁶ *I.E. Röchling 1997, 264*.

⁹⁹⁷ *Kunkel, ZfJ 1991, 145, 148*.

hingegen nicht als Hilfe zur Erziehung erbracht werden, da ihre Voraussetzungen abschließend in dem Abschnitt geregelt seien, wo die Leistung systematisch verortet sei. Die Formulierung des § 27 Abs. 2 SGB VIII, die Hilfe werde insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 gewährt, lasse damit lediglich Platz für bisher nicht bekannte, neu entwickelte Arten der Hilfe zur Erziehung.⁹⁹⁸ Es sei damit allenfalls möglich, dass im Rahmen einer der Hilfearten nach §§ 28 bis 35 SGB VIII eine pädagogische Leistung nach § 27 Abs. 3 SGB VIII erbracht werde, die einzelne Bestandteile einer Leistung enthalte, die in einem anderen Abschnitt des SGB VIII geregelt sei.⁹⁹⁹ Es sei dagegen z.B. nicht möglich, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 SGB VIII in einer Situation, in der ein Platz in einer Kindertageseinrichtung für das betreffende Kind zur Deckung des erzieherischen Bedarfs geeignet und erforderlich sei, einen Krippenplatz als Hilfe zur Erziehung zu gewähren.¹⁰⁰⁰

Die ablehnende Ansicht vermag in Anbetracht der Verpflichtung des Jugendamts zur Leistung einer Hilfe, die sich am erzieherischen Bedarf im Einzelfall auszurichten hat, nicht zu überzeugen. Ihre Umsetzung führt zu dem paradoxen Ergebnis, dass die Aufnahme eines bestimmten Leistungsangebots in das SGB VIII sich für einen Anspruchsinhaber nach § 27 Abs. 1 SGB VIII als negativ erweisen würde, wenn das Angebot nicht gerade in diesem Abschnitt angesiedelt wäre. Liegt bei einem Minderjährigen eine erzieherische Mangelsituation vor und es gibt eine Hilfe, die sowohl geeignet als auch erforderlich ist, so wäre es für die Anspruchsberechtigten ein Ausschlusskriterium, wenn diese Leistung schon an anderer Stelle des Gesetzes geregelt wäre, da er sie in dem Fall nicht als Hilfe zur Erziehung erhalten könnte. Wäre sie im SGB VIII dagegen noch gar nicht beschrieben, könnte sie ohne Weiteres nach § 27 Abs. 2 SGB VIII erbracht werden. Dies wäre insbesondere deshalb paradox, weil die Tatsache, dass ein bestimmtes Angebot überhaupt in den Leistungskatalog des SGB VIII aufgenommen worden ist, gerade für seine generelle Eignung als sozialpädagogische Jugendhilfeleistung spricht. Dem gegenüber steht die Eignung einer völlig neu entwickelten Hilfeart nicht ohne Weiteres von vornherein fest und muss erst begründet werden. Es wäre daher widersprüchlich, wenn die Einschätzung eines Leistungsangebots als sinnvoll, die sich in der Aufnahme in das SGB VIII dokumen-

⁹⁹⁸ Kunkel, ZfJ 1991, 145, 148.

⁹⁹⁹ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 27; Happe/Saurbier in Jans u.a. § 27 Rz. 38a; Kunkel, ZfJ 1998, 205, 208.

¹⁰⁰⁰ Röchling 1997, 263, Kunkel, ZfJ 1991, 145, 148.

tiert, die Gewährung der Leistung in bestimmten Konstellationen gerade einschränken würde, während neue und damit unerprobte Angebote vom Grundsatz her uneingeschränkt gewährt werden könnten.

Darüber hinaus würde der Ausschluss von Leistungsangeboten aus anderen Abschnitten des SGB VIII hinsichtlich der Gewährung als Hilfe zur Erziehung zu Ergebnissen führen, die mit dem Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung nicht vereinbar sind.¹⁰⁰¹ Nach § 27 Abs. 1 SGB VIII hat ein Personensorgeberechtigter Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist. Sofern im Falle einer erzieherischen Mangelage eine Hilfe zu deren Behebung geeignet und erforderlich ist, besteht demnach ein Rechtsanspruch des Personensorgeberechtigten auf diese Hilfe. Unter dem Aspekt der Rechtsanspruchsqualität von § 27 SGB VIII spricht gerade die Tatsache, dass Leistungen aus anderen Teilen des Gesetzes einen anderen Verbindlichkeitsgrad haben können, für die Möglichkeit ihrer Gewährung als Hilfe zur Erziehung. Ein Anspruch aus § 27 Abs. 1 SGB VIII kann nicht durch Verweis auf eine Vorschrift verneint werden, die auf die begehrte Leistung gar keinen Anspruch einräumt.¹⁰⁰²

Eine derartige Schlechterstellung ist zudem mit dem Ziel des SGB VIII, eine Verbesserung der Leistungen für Familien zu bewirken, nicht vereinbar. Das Oberverwaltungsgericht Schleswig-Holstein bejaht mit dieser Begründung einen Anspruch auf Kindertagespflege, die als eigenständige Leistung in § 23 SGB VIII geregelt ist, als Hilfe zur Erziehung. Das Gericht führt hierzu aus: *„Die Bundesregierung sah in der Neuregelung durch das KJHG einen der Schwerpunkte u.a. darin, die ‚Hilfen für Familien in besonderen Lebenssituationen (insbesondere für alleinerziehende Elternteile)‘ sowie die ‚Angebote der Tagesbetreuung von Kindern‘ zu verbessern ... Dies läßt die Auslegung fernliegen, daß mit dem KJHG eine Schlechterstellung der Kinder und ihrer Personensorgeberechtigten gegenüber dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des KJHG erreicht werden soll.“*¹⁰⁰³

¹⁰⁰¹ Mündler/Trenczek 2015, 166; Mündler, ZfJ 1991, 285, 291.

¹⁰⁰² OVG SH, Beschluss vom 19. Mai 1994 – 5 O 29/94, ZfJ 1994, 395, 396 zum Anspruch auf Kindertagespflege als Hilfe zur Erziehung.

¹⁰⁰³ OVG SH, Beschluss vom 19. Mai 1994 – 5 O 29/94, ZfJ 1994, 395, 396; ähnlich VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 15. August 1991 – VII/VG 1526/91, ZfJ 1991, 604, 605; Beschluss vom 16. September 1991 – VII/1 G 1780/91, ZfJ 1991, 606; zustimmend Nix, ZfJ 1991, 606 f.

Eine Einschränkung auf Hilfen, die nicht bereits in anderen Abschnitten des SGB VIII aufgeführt sind, findet im Gesetz nicht statt. In diesem Zusammenhang wird teilweise damit argumentiert, in den Fällen, in denen der Gesetzgeber einen besonderen Bedarf gesehen habe, eine an anderer Stelle des Gesetzes geregelte Leistung auch als Hilfe zur Erziehung zu gewähren, sei dies ohnehin im Leistungskatalog der §§ 28 bis 35 SGB VIII berücksichtigt worden, wie etwa durch die Aufnahme der Möglichkeit einer geeigneten Tagespflege in § 32 SGB VIII.¹⁰⁰⁴ Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass es sich dabei gerade um punktuelle Regelungen handelt und im Einzelfall der Bedarf bestehen kann, ein Leistungsangebot aus einem anderen Abschnitt des SGB VIII als Hilfe zur Erziehung zu erbringen, obwohl der Gesetzgeber diesen Bedarf bei Schaffung der §§ 28 bis 35 SGB VIII nicht erkannt bzw. vorhergesehen hat.

Eine Ausgrenzung von Leistungsangeboten, die in anderen Abschnitten des SGB VIII geregelt sind, aus dem Spektrum möglicher Hilfen zur Erziehung ist somit im Ergebnis abzulehnen. Auch diese Leistungsangebote müssen als Hilfe zur Erziehung in Betracht kommen.¹⁰⁰⁵

6.3 Die „Versäulung“ der Hilfen

Die „Versäulung“ der Hilfen durch die Festschreibung der standardisierten Hilfeformen in den §§ 28 bis 35 SGB VIII ist nicht unproblematisch. In der Praxis führt sie oft dazu, dass die einzelnen Hilfetypen als abschließender Katalog verstanden und dementsprechend im Haushalt abgesichert werden und dass sich Träger der freien Jugendhilfe als Leistungserbringer auf einzelne Hilfearten spezialisiert haben.¹⁰⁰⁶ Im Ergebnis führt das oft dazu, dass eine Hilfe aus dem vorgegebenen Programm ausgewählt und wenig Mühe für den Entwurf einer individuellen Hilfe für den konkreten Einzelfall aufgewandt wird.¹⁰⁰⁷ Positiver Aspekt der aufgegliederten Darstellung der wichtigsten Hilfen in den §§ 28 bis 35 SGB VIII ist jedoch die Entwicklung klarer fachlicher Standards und damit ein qualitätssicherndes Element.¹⁰⁰⁸ Zudem bewirkt die Auflistung der Hilfearten die Sicherung eines Grundbestandes ambulanter, teilstationärer und stationärer Hilfeformen,¹⁰⁰⁹ womit dem Katalog eine Garantiefunktion

¹⁰⁰⁴ Happe/Saubier in Jans u.a. § 27 Rz. 38a.

¹⁰⁰⁵ Tammen/Trenczek in Munder u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor § 27 Rz. 14, § 27 Rz. 19.

¹⁰⁰⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 29a: die Tendenzen führen zu einer „schubladenmäßigen Institutionalisierung“.

¹⁰⁰⁷ Munder/Trenczek 2015, 166.

¹⁰⁰⁸ Munder/Trenczek 2015, 166.

¹⁰⁰⁹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 27.

zukommt.¹⁰¹⁰ Bei einer weiten Auslegung der Öffnungsklausel in § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII¹⁰¹¹ führt die Auflistung der Hilfen nicht zu einer Einschränkung der individuellen Möglichkeiten, sondern lässt Raum für die Entwicklung neuer Hilfetypen bzw. einer „maßgeschneiderten“ Hilfe im Einzelfall.¹⁰¹²

¹⁰¹⁰ Maas, RsDE 39, 1, 12.

¹⁰¹¹ Vgl. 6.1.3, 6.2.

¹⁰¹² Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 16 ff.; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 17; kritisch gegenüber einer Flexibilisierung der Hilfen im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 28.

7 Das Verfahren

Nach der Klärung der materiell-rechtlichen Aspekte des Tatbestands und der Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 SGB VIII ergeben sich formell-rechtliche Fragen hinsichtlich der Geltendmachung des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung durch die berechtigten Personen und der Modalitäten des Verfahrens zur Entscheidung über die Gewährung der Hilfe.

Von Bedeutung ist zunächst, ob für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung bzw. die Einleitung eines Verfahrens ein Antrag der Leistungsberechtigten erforderlich ist oder ob die Hilfe auch ohne eine entsprechende Antragstellung geleistet werden kann. In diesem Zusammenhang ist es auch von Bedeutung, ob sich die Leistungsberechtigten die Hilfe ohne vorherige Einschaltung des Jugendamts selbst beschaffen und anschließend die Übernahme der Kosten durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe fordern können. Schließlich ist auch das in § 36 SGB VIII geregelte Verfahren zur Entscheidung über die Hilfe von großer Relevanz.

7.1 Antragserfordernis für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung

Aufgrund des Charakters der Hilfe zur Erziehung als Rechtsleistung an den Personensorgeberechtigten ist es eindeutig, dass dessen Einverständnis mit der Hilfeleistung bestehen muss,¹⁰¹³ ihm diese also nicht gegen seinen Willen „aufgedrängt“ werden kann. Jedoch ist die Frage umstritten, ob die Gewährung der Hilfe eine Antragstellung voraussetzt.

Im SGB VIII selbst sind keine gesetzlichen Vorgaben für eine Antragstellung enthalten, sodass die allgemeinen Verfahrensvorschriften im SGB I und SGB X maßgeblich sind.

Nach § 40 Abs. 1 SGB I entstehen Ansprüche auf Sozialleistungen, sobald ihre im Gesetz bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Der Erbringung von Sozialleistungen und damit auch von Hilfe zur Erziehung geht ein Verwaltungsverfahren voraus. Regelungen zum Verwaltungsverfahren werden in den §§ 8 ff. SGB X getroffen. Auch hier findet sich kein ausdrückliches Antragserfordernis für Leistungen nach dem SGB VIII, speziell der Hilfe zur Erziehung. Eine Regelung zum Beginn eines Verwaltungsverfahrens beinhaltet § 18 SGB X. Nach Satz 1 dieser Vorschrift entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwal-

¹⁰¹³ Vgl. 3.1.1.

tungsverfahren durchführt. Dies gilt nicht, wenn die Behörde nach § 18 Satz 2 Nr. 1 SGB X aufgrund von Rechtsvorschriften entweder von Amts wegen bzw. auf Antrag tätig werden muss oder nach § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X nur auf Antrag tätig werden darf und ein Antrag nicht vorliegt.

Sofern die Erbringung von Sozialleistungen einen Antrag erfordert, hat dieser entweder nur verfahrensrechtliche oder – in manchen Fällen – darüber hinaus auch materiell-rechtliche Bedeutung.¹⁰¹⁴ Kommt dem Antrag eine materiell-rechtliche Funktion zu, so entsteht der Anspruch als solcher erst mit Antragstellung.¹⁰¹⁵ In diesem Fall darf die Behörde eindeutig gemäß § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X nur auf Antrag tätig werden. Bei einem Antrag im rein verfahrensrechtlichen Sinne kann ohne Antragstellung lediglich nicht über den Anspruch entschieden werden,¹⁰¹⁶ der Anspruch selbst entsteht jedoch unabhängig von der Antragstellung. Bei der Stellung eines Antrags auf Hilfe zur Erziehung könnte es sich allenfalls um eine formelle, rein verfahrensrechtliche Voraussetzung für den Beginn eines Verwaltungsverfahrens, in dem über die Hilfestellung entschieden wird, handeln. Ein Antrag ist nicht materielle Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung,¹⁰¹⁷ dieser ist allein vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII abhängig.¹⁰¹⁸

Uneinigkeit besteht über die Frage, ob es sich bei dem Verfahren zur Prüfung der Gewährung von Hilfe zur Erziehung um ein Verwaltungsverfahren handelt, das gemäß § 18 Satz 2 Nr. 1, 1. Alternative SGB X von Amts wegen durchgeführt werden muss,¹⁰¹⁹ oder ob das Jugendamt gemäß § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X aufgrund einer Rechtsvorschrift nur auf Antrag tätig werden darf.¹⁰²⁰

Beide dargestellte Positionen stimmen darin überein, dass das Jugendamt bereits bei Kenntnisnahme von Faktoren, die auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII hinweisen – etwa auf Anregung des Minderjährigen oder dritter Personen – verpflichtet sind, Ermittlungen durchzuführen und gegebenenfalls die

¹⁰¹⁴ Merten in BeckOK Sozialrecht § 16 SGB I Rz. 2 f.; Mroczynski in Mroczynski SGB I 2014 § 16 Rz. 1.

¹⁰¹⁵ Merten in BeckOK Sozialrecht § 16 SGB I Rz. 3.

¹⁰¹⁶ Mroczynski in Mroczynski SGB I 2014 § 16 Rz. 1.

¹⁰¹⁷ Mroczynski in Mroczynski SGB I 2014 § 16 Rz. 2; missverständlich BVerwG, Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, JAmt 2014, 47, 50; Stähr in Hauck/Noftz § 27 Rz. 66.

¹⁰¹⁸ Mit ausführlicher Begründung Mroczynski, ZfJ 1999, 403, 410 f.

¹⁰¹⁹ Weber in BeckOK Sozialrecht § 18 SGB X Rz. 8; Mroczynski in Mroczynski SGB I 2014 § 16 Rz. 2; Kunkel, ZfF 1995, 7.

¹⁰²⁰ BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 66; Paul, ZfF 1995, 8, 9.

Personensorgeberechtigten dahingehend zu beraten, Hilfe zur Erziehung anzunehmen.¹⁰²¹ Einigkeit besteht auch darüber, dass vor der Hilfestellung das Einverständnis der Personensorgeberechtigten vorliegen muss. Die Positionen unterscheiden sich im Wesentlichen in der Frage, ab wann das Handeln des Jugendamts als Verwaltungsverfahren i.S.d. § 8 SGB X zu werten ist.

Die Vertreter der Ansicht, die keinen Antrag für nötig halten, gehen davon aus, dass die Behörde bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Verwaltungsverfahren durchführen muss und die Entscheidung der Personensorgeberechtigten über die Inanspruchnahme der Hilfe als weitere Voraussetzung für die Gewährung der Hilfe hinzukommen muss.¹⁰²² Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe müsse im Interesse des Kindeswohls von Amts wegen tätig werden,¹⁰²³ wie sich auch aus § 8a Abs. 1 Satz 3 SGB VIII ergebe, der das Jugendamt verpflichtet, Hilfen anzubieten, sofern es diese für geeignet und notwendig hält.¹⁰²⁴ Auch die Kinder und Jugendlichen müssten in der Lage sein, ein Tätigwerden der Jugendhilfe anzuregen, was dann ein Verwaltungsverfahren auf der Grundlage des § 18 SGB X eröffne. Im Hinblick auf das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG könnten die Personensorgeberechtigten die Jugendhilfeleistung zwar zurückweisen, diese Möglichkeit hindere das Jugendamt jedoch nicht daran, ein auf Gewährung der Leistung gerichtetes Verwaltungsverfahren zu eröffnen.¹⁰²⁵

Diejenigen, die einen Antrag für nötig halten, gehen davon aus, dass im Vorfeld des Verwaltungsverfahrens eine Phase der Kontaktaufnahme und der Beratung der Betroffenen erfolgt. Zunächst finde nach §§ 14 SGB I, 36 Abs. 1, Satz 1 SGB VIII die Beratung der Personensorgeberechtigten und des Kindes bzw. Jugendlichen über eine mögliche Hilfeleistung statt. Im Anschluss daran trafen die Beteiligten die Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung. Im Falle einer positiven Entscheidung der Anspruchsberechtigten erfolge ihre Antragstellung und hiermit beginne das Verwaltungsverfahren des Jugendamts. Ein Beginn des Verfahrens vor Antragstellung sei ausgeschlossen, weil das Verfahren so lange nicht in dem Erlass

¹⁰²¹ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 66.

¹⁰²² Kunkel, ZfJ 1991, 145, 150, differenziert zwischen Entstehen des Anspruchs bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII und Fälligkeit bei Entscheidung der Personensorgeberechtigten, die Hilfe in Anspruch zu nehmen; ders., ZfF 1995, 7; ders., ZfJ 1998, 205.

¹⁰²³ Mroczynski, ZfJ 1999, 467, 472.

¹⁰²⁴ Mroczynski in Mroczynski SGB I 2014 § 16 Rz. 2.

¹⁰²⁵ Mroczynski in Mroczynski SGB I 2014 § 16 Rz. 2.

eines Verwaltungsakts münden könne, wie eine Zustimmung der Personensorgeberechtigten nicht vorliege.¹⁰²⁶

Hinsichtlich der praktischen Umsetzung unterscheiden sich beide Positionen wenig.¹⁰²⁷ Dies gilt umso mehr, als der Antrag – sofern er denn erforderlich ist – auch formlos gestellt werden kann. Ein Antrag i.S.d. § 18 SGB X ist jede Erklärung, durch die jemand zum Ausdruck bringt, dass er Sozialleistungen allgemein oder eine bestimmte Sozialleistung begehrt.¹⁰²⁸ Der Antragsteller muss lediglich sein Begehren einem Sozialleistungsträger gegenüber unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 SGB I kann dies auch gegenüber einem unzuständigen Träger erfolgen, da auch dieser zur Entgegennahme von Anträgen verpflichtet ist. Wenn keine besondere gesetzliche Regelung vorliegt, die Schriftform des Antrags verlangt, kann er auch in sonstiger Form gestellt werden, so etwa mündlich, zur Niederschrift bei der Behörde oder auch konkludent.¹⁰²⁹ Es genügt, wenn der Antragsteller bei einer zur Entgegennahme von Leistungsanträgen zuständigen Stelle seinen Willen erkennbar werden lässt, Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen.¹⁰³⁰ Dabei sind keine hohen Anforderungen an den Inhalt des Antrags zu stellen.¹⁰³¹ Die Erklärung der Personensorgeberechtigten, mit der Gewährung von Hilfe zur Erziehung einverstanden zu sein, kann somit gleichzeitig als Antrag i.S.d. § 18 SGB X betrachtet werden. Auf diese Weise dürfte auch die Ungenauigkeit zu erklären sein, mit der als Voraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung teilweise ein „Antrag oder jedenfalls die Zustimmung“¹⁰³² der Personensorgeberechtigten gefordert wird.

Der Unterscheidung der genannten Auffassungen kommt allerdings insofern Bedeutung zu, als bei Befürwortung des Antragserfordernisses die Versagung von Hilfe zur Erziehung durch das Jugendamt damit begründet werden kann, dass ein solcher Antrag nicht vorliegt.¹⁰³³

Da eine ausdrückliche Regelung, nach der einungsverfahren zur Prüfung der Voraussetzungen der Gewährung von Hilfe zur Erziehung einen Antrag der Leis-

¹⁰²⁶ Maas, NDV 1993, 465, 467; Paul, ZfF 1995, 8, 9 f.

¹⁰²⁷ Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 1: „Streit hierüber eher akademischer Natur“.

¹⁰²⁸ Weber in BeckOK Sozialrecht § 18 SGB X Rz. 15.

¹⁰²⁹ Mrozyński in Mrozyński SGB I 2014 § 16 Rz. 6; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 66; Münder/Trenczek 2015, 94.

¹⁰³⁰ Mrozyński in Mrozyński SGB I 2014 § 16 Rz. 5.

¹⁰³¹ BSG, Urteil vom 02. Oktober 1984 – 5b RJ 106/83, BSGE 57, 157.

¹⁰³² Etwa BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2001 – 5 C 6/00, NJW 2002, 232; VG Arnsberg, Urteil vom 23. Oktober 1995 – 11 K 3211/94, FamRZ 1997, 1373, 1374.

¹⁰³³ So BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98.

tungsberechtigten voraussetzt, nicht gegeben ist, könnte sich ein solches Erfordernis nur aus dem Sinn der Regelungen zur Hilfe zur Erziehung ableiten. Hier könnte der Charakter des SGB VIII als sozialpädagogisches Dienstleistungsgesetz und insbesondere die im grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich wurzelnde Entscheidungsfreiheit der Berechtigten, ob sie Leistungen der Jugendhilfe in Anspruch nehmen möchten,¹⁰³⁴ für ein Antragserfordernis nach § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X sprechen. Die Regelungen zur Antragstellung im Verfahrensrecht berücksichtigen, dass die Erbringung von Sozialleistungen regelmäßig von der Initiative des Einzelnen abhängig ist. Dabei wird vom Leitbild des eigenverantwortlichen Bürgers ausgegangen.¹⁰³⁵ Besonders ausgeprägt ist dieser Aspekt in den Fällen, in denen Rechtsvorschriften die Antragstellung als materiell-rechtliche Voraussetzung einer Anspruchsnorm beinhalten. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass in den betreffenden Fällen das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen so sehr im Vordergrund steht, dass es ihm selbst durch die Entscheidung über die Antragstellung überlassen bleiben soll, bereits über die Entstehung des Anspruchs zu entscheiden.¹⁰³⁶ Zwar kommt bei der Hilfe zur Erziehung die Antragstellung nur als verfahrensrechtliche Voraussetzung in Betracht. Käme jedoch hier der Rechtsstellung und Dispositionsfreiheit der Leistungsberechtigten ein vergleichbar bedeutendes Gewicht zu, so spräche dies für ein Antragserfordernis im Sinne des § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X.

Gründe für eine derart herausgehobene Bedeutung der Dispositionsfreiheit gegenüber sonstigen Gebieten des Sozialleistungsrechts, in denen eine Antragstellung nicht erforderlich ist, sind jedoch nicht erkennbar. Es besteht vielmehr gerade eine Nähe des SGB VIII zum Recht der Sozialhilfe, da beide Sozialleistungsgesetze zu den Basisnetzen der sozialen Sicherung zählen. Für die Sozialhilfe besteht ausdrücklich kein Antragserfordernis: Nach § 18 Abs. 1 SGB XII setzt die Sozialhilfe mit Ausnahme der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ein, sobald dem Träger der Sozialhilfe oder den von ihnen beauftragten Stellen bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Gewährung vorliegen. Es steht dem Betroffenen jedoch aufgrund seiner grundrechtlich geschützten Autonomie frei, die Leistung abzulehnen. Auch diese Regelung erlaubt es nicht, den Betroffenen gegen ihren Willen Sozialhilfeleistungen „aufzudrängen“. ¹⁰³⁷ Der Verzicht auf das Antragserfordernis steht somit

¹⁰³⁴ So für Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz BSG, Urteil vom 23. Februar 1987 – 9a RVg 1/85, BSGE 61, 180.

¹⁰³⁵ BSG, Urteil vom 23. Februar 1987 – 9a RVg 1/85, BSGE 61, 180 ff.

¹⁰³⁶ BSG, Urteil vom 23. Februar 1987 – 9a RVg 1/85, BSGE 61, 180 ff.

¹⁰³⁷ *Berlit* in *Berlit/Conradis/Sartorius* 2013 Kap. 7 Rz. 28.

nicht im Widerspruch zu der Freiheit der Leistungsberechtigten, über die Inanspruchnahme der Leistung selbst zu entscheiden. Im SGB VIII fehlt es zwar an einer ausdrücklichen, dem § 18 SGB XII vergleichbaren Regelung. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb dort bei der Hilfe zur Erziehung die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens ohne Antragstellung zu einer unzulässigen Kollision mit der Entscheidungsfreiheit der Leistungsberechtigten stehen soll. Darüber hinaus erscheint eine übermäßige Betonung dieser Entscheidungsfreiheit bei der Hilfe zur Erziehung bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens auch unter dem Aspekt als verfehlt, dass es dabei nicht ausschließlich um eine Begünstigung der Personensorgeberechtigten geht. Auch wenn sie alleinige Anspruchsinhaber sind, sollen die Hilfen doch in erster Linie den betroffenen Kindern und Jugendlichen zugutekommen.¹⁰³⁸ Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung wurde den Personensorgeberechtigten gewährt, damit diese ihrer Erziehungsverantwortung nachkommen, die sie fremdnützig¹⁰³⁹ im Interesse der Minderjährigen auszuüben haben. Wäre ein Antrag der Personensorgeberechtigten zwingend erforderlich, so könnte diese zusätzliche Schwelle die vom Gesetzgeber gewünschte Begünstigung der Minderjährigen erschweren.¹⁰⁴⁰ Dies spricht gegen die Annahme eines Antragserfordernisses im Sinne des § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X.¹⁰⁴¹

Soweit damit argumentiert wird, ein Verwaltungsverfahren könne nicht vor Antragstellung begonnen werden, weil es ohne Zustimmung der Personensorgeberechtigten nicht in dem Erlass eines Verwaltungsakts münden könne, mit dem Hilfe zur Erziehung gewährt wird,¹⁰⁴² steht dies nicht im Einklang mit dem Begriff des Verwaltungsverfahrens. Nach § 8 SGB X ist ein Verwaltungsverfahren die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf den Erlass eines Verwaltungsakts *gerichtet ist*. Das Verfahren muss also lediglich das Ziel haben, einen Verwaltungsakt zu erlassen. Das Verwaltungsverfahren beginnt mit den Tätigkeiten, die auf die Prüfung der Voraussetzungen oder die Vorbereitung des Erlasses des Verwaltungsakts gerichtet sind. Dies sind etwa die Sachverhaltsermittlung nach § 20 SGB X, die Erhebung von Beweisen nach § 21 SGB X oder die Anhörung von Beteiligten nach § 24 SGB X.¹⁰⁴³ Wenn im Zuge des Verfahrens die Zustimmung der Personensorgeberechtigten zur Hilfe erfolgt, kann es bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen unproblematisch

¹⁰³⁸ Vgl. 4.1.

¹⁰³⁹ BVerfG, Urteil vom 09. Februar 1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360, 376 f.

¹⁰⁴⁰ Mrozynski, ZfJ 1999, 403, 411.

¹⁰⁴¹ Mrozynski in Mrozynski SGB I 2014 § 16 Rz. 2.

¹⁰⁴² So Paul, ZfF 1995, 8, 9.

¹⁰⁴³ Weber in BeckOK Sozialrecht § 8 SGB X Rz. 5.

zum Erlass eines die Hilfe gewährenden Verwaltungsakts kommen. Ebenso wie die Rücknahme eines Antrags ein Verwaltungsverfahren beenden kann,¹⁰⁴⁴ so kann das Verwaltungsverfahren, das ohne Antragstellung begonnen wurde, beendet werden, wenn die Personensorgeberechtigten im Zuge des Verfahrens erklären, dass sie mit der Inanspruchnahme der Hilfe nicht einverstanden sind.

Das Bundesverwaltungsgericht bejaht ein Antragserfordernis und stützt sich dabei im Wesentlichen auf das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten gemäß § 5 SGB VIII und der Beteiligung der Betroffenen an der Entscheidungsfindung im Rahmen von § 36 SGB VIII. Die gesetzlichen Regelungen gehen davon aus, dass die Leistungsberechtigten vor Beginn der Hilfe ihre Wahl bzw. Wünsche geäußert und nach § 36 SGB VIII gemeinsam mit dem Jugendamt und ggf. weiteren Fachkräften über die Hilfe beraten haben. Hieraus folgert das Gericht die Notwendigkeit, dass die Leistungsberechtigten vor eigenmächtigem „Maßnahmebeginn“ den Jugendhilfeträger auf Jugendhilfe in Anspruch nehmen.¹⁰⁴⁵ Die Entscheidung betrifft den Fall, dass der Hilfebedarf vor Selbstbeschaffung der Leistung durch die Leistungsberechtigten gar nicht an das Jugendamt herangetragen worden war. Vor diesem Hintergrund trifft das Gericht die allgemeine Aussage zum Antragserfordernis.¹⁰⁴⁶ Sowohl die Wahrnehmung des Wunsch- und Wahlrechts als auch die Beteiligung nach § 36 SGB VIII sind jedoch auch möglich, wenn die Beteiligten lediglich ihr Einverständnis mit der Hilfe erklären, wenn ein Verwaltungsverfahren bereits begonnen hat.

Auch die Nähe der Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII zur Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche nach § 35a SGB VIII spricht für die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens von Amts wegen nach § 18 Satz 2 Nr. 1 1. Alternative SGB X. Anspruchsberechtigt für die Eingliederungshilfe ist im Gegensatz zur Hilfe zur Erziehung das Kind bzw. der Jugendliche mit (drohender) seelischer Behinderung selbst. Sofern also ein Jugendlicher, der das 15. Lebensjahr vollendet hat und damit im sozialrechtlichen Sinne gemäß § 36 SGB I handlungsfähig ist, Leistungen nach § 35a SGB VIII beantragt, ist er hierzu berechtigt und das Jugendamt hat auch nach § 18 Satz 2 Nr. 2 SGB X ein Verwaltungsverfahren zur Prüfung der Leistungsgewährung einzuleiten. In vielen Fällen ist die Frage, ob bei

¹⁰⁴⁴ Weber in BeckOK Sozialrecht § 8 SGB X Rz. 8.

¹⁰⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98 ff.

¹⁰⁴⁶ Offenbar ebenfalls vor diesem Hintergrund für ein Antragserfordernis VG Aachen, Urteil vom 21. April 2016 – 1 K 1016/15, juris Rz. 19.

einem Minderjährigen ein erzieherischer Bedarf im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII oder eine seelische Behinderung nach § 35a SGB VIII vorliegt, schwierig zu beantworten.¹⁰⁴⁷ Es erscheint deshalb sachgerecht, wenn das Jugendamt die Anregung des Jugendlichen zum Anlass für die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens nimmt. Sofern sich im Zuge der Sachverhaltsermittlung herausstellt, dass eine seelische Behinderung vorliegt, hat der Jugendliche als Berechtigter einen Antrag auf Leistungen nach § 35a SGB VIII gestellt. Sofern sich herausstellt, dass ein erzieherischer Bedarf besteht und eine Hilfe nach § 27 Abs. 1 SGB VIII infrage kommt, kann nun die Entscheidung der Personensorgeberechtigten über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung erfragt und im positiven Fall die Hilfe erbracht werden.

Insgesamt betrachtet erweist sich damit die Antragstellung der Personensorgeberechtigten nicht als Voraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung.¹⁰⁴⁸ Damit lässt sich auch die Ablehnung von Leistungen durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht auf das Fehlen eines Antrags stützen.

Fraglich ist allerdings, ob der Träger der öffentlichen Jugendhilfe dennoch das Ausfüllen von Formularen verlangen und die Hilfe zur Erziehung versagen kann, wenn die Leistungsberechtigten dieser Forderung nicht nachkommen. Gemäß § 60 SGB I besteht im Rahmen der Mitwirkungspflicht von Personen, die Sozialleistungen beantragen oder erhalten, die Verpflichtung zur Angabe aller Tatsachen, die für die Leistung erheblich sind. In diesem Zusammenhang sieht § 60 Abs. 2 SGB I vor, dass Vordrucke benutzt werden sollen, sofern diese vorgesehen sind. Da sich § 60 SGB I nicht nur auf Personen bezieht, die einen Antrag auf Sozialleistungen gestellt haben, sondern auch auf solche, die die Leistung (ohne vorherige Antragstellung) erhalten, kann gegebenenfalls das Ausfüllen von Formularen als Obliegenheit der Leistungsberechtigten verlangt werden. Die Folge fehlender Mitwirkung kann gemäß § 66 Abs. 1 SGB I in der Versagung der Leistung bestehen, sofern durch die Unterlassung der Mitwirkung die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert und soweit die Voraussetzungen der Leistung nicht nachgewiesen sind. Es ist jedoch kaum denkbar, dass durch das bloße Unterlassen des Ausfüllens von Formularen die Aufklä-

¹⁰⁴⁷ Vgl. 3.1.2.3.

¹⁰⁴⁸ VGH BY, Urteil vom 22. Juni 1995 – 12 B 94.709, juris Rz. 63; *Kunkel/Kepert* in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 1; *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 26; *Tammen/Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 44; *Trenczek* in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 Anhang Verfahren Rz. 23; *Kunkel*, ZfJ 1991, 145, 150; *Lakies*, ZfJ 1996, 451, 454; *Mrozynski*, ZfJ 1999, 403, 411 f.; *ders.*, ZfJ 1999, 467, 472; a.A. BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98 ff.; Urteil vom 14. November 2013 – 5 C 34/12, JAMt 2014, 47, 50; *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 66.

rung des Sachverhalts erheblich erschwert wird, sodass auch unter diesem Aspekt eine Ablehnung der Hilfe zur Erziehung letztlich nicht infrage kommt.

Im Ergebnis lässt sich somit feststellen, dass die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens zur Entscheidung über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung nicht von der Antragstellung der Leistungsberechtigten abhängig ist. Die Gewährung der Hilfe setzt jedoch ihre Zustimmung voraus.

7.2 Selbstbeschaffung

Eine weitere Frage im Rahmen des Verfahrens der Gewährung von Hilfe zur Erziehung besteht darin, ob die Leistungsberechtigten sich die Hilfe ohne vorherige Einschaltung des Jugendamts selbst beschaffen und anschließend Übernahme der Kosten der Hilfe vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe verlangen können.

Unter Geltung des JWG wurde das Recht zur Selbstbeschaffung von der Rechtsprechung überwiegend bejaht.¹⁰⁴⁹ Zur Begründung führten die Gerichte an, Leistungen der Jugendhilfe seien nicht auf erzieherische Hilfen in der Form von „Sachleistungen“ beschränkt. Die Jugendämter seien zwar in erster Linie gehalten, die Hilfe „originär“ durch eigene Einrichtungen oder Veranstaltungen bzw. durch Inanspruchnahme fremder Einrichtungen und Veranstaltungen zu gewähren. Erfolge dies jedoch nicht und werde dem Minderjährigen die erforderliche Hilfe auf andere Weise zuteil, so habe sich der Anspruch gegen das Jugendamt nicht in der Weise erledigt, dass dieses nun keinerlei Verpflichtungen mehr habe. Es sei vielmehr dazu verpflichtet, nachträglich die Jugendhilfeleistung zu erbringen, indem es die Kosten zu übernehmen habe.¹⁰⁵⁰

Diese Rechtsprechung setzte sich unter dem Geltungsbereich des SGB VIII zunächst fort.¹⁰⁵¹ Ab Mitte der 1990er Jahre bestand demgegenüber die Tendenz der Rechtsprechung, die Selbstbeschaffung nicht mehr als Grundsatz, sondern nur noch als Ausnahme für zulässig zu halten.¹⁰⁵² Die Gerichte gingen grundsätzlich von der Notwendigkeit einer Befassung des Jugendamts mit der gewünschten Leistung vor

¹⁰⁴⁹ BVerwG, Beschluss vom 25. August 1987 – 5 B 50.87, RsDE 1, 67; Urteil vom 13. Juni 1991 – 5 C 27/88, ZfSH/SGB 1991, 530; Urteil vom 27. Mai 1993 – 5 C 41/90, FEVS 44, 309; OVG NI, Urteil vom 11. Oktober 1989 – 4 L 55/89, FEVS 39, 456; a.A. BVerwG, Urteil vom 13. September 1984 – 5 C 21/83, FEVS 34, 45; OVG NW, Urteil vom 08. November 1982 – 8 A 56/81, NDV 1983, 88, 90; VGH HE, Urteil vom 28. Januar 1992 – 9 UE 3198/89, FEVS 42, 370.

¹⁰⁵⁰ BVerwG, Beschluss vom 25. August 1987 – 5 B 50.87, RsDE 1, 67, 68.

¹⁰⁵¹ VGH BW, Urteil vom 16. Oktober 1995 – 7 S 1345/93, juris Rz. 42, bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 17. Juni 1996 – 5 B 222/95, Buchholz Nr. 2 zu § 27 SGB VIII; ausführlich zur Rechtsprechung seit 1977 Hinrichs 2003, 28 ff.

¹⁰⁵² Hinrichs 2003, 39.

deren Beschaffung durch die Leistungsberechtigten aus.¹⁰⁵³ Eine zulässige Selbstbeschaffung wurde nur noch als Reaktion auf ein Systemversagen anerkannt. Die Möglichkeit der Selbstbeschaffung setze voraus, dass der Leistungsberechtigte zunächst versucht habe, die Leistung auf regulärem Wege, d.h. durch den zuständigen Sozialleistungsträger zu erlangen. Erst wenn dieser den Antrag bzw. den erkennbaren Wunsch, die Sozialleistung in Anspruch zu nehmen, zu Unrecht abgelehnt oder die Hilfe keinen Aufschub duldet, sei der Bürger berechtigt, die Sachleistung unmittelbar durch einen anderen Träger in Anspruch zu nehmen und vom zuständigen Leistungsträger Kostenerstattung zu verlangen.¹⁰⁵⁴

In der Literatur¹⁰⁵⁵ wurde die grundsätzliche Möglichkeit der Selbstbeschaffung im Sozialrecht und damit auch im Kinder- und Jugendhilferecht überwiegend bejaht.¹⁰⁵⁶ Während die Möglichkeit der Selbstbeschaffung teilweise als regulärer Weg der Anspruchsverwirklichung betrachtet und an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft wurde,¹⁰⁵⁷ wurde sie teilweise ebenfalls auf die Fälle des Systemversagens beschränkt. Als Argument wurde angeführt, Sozialleistungsträger seien grundsätzlich Leistungs- und keine reinen Kostenträger.¹⁰⁵⁸ Es handele sich bei den Ansprüchen im Rahmen des SGB VIII zudem um Ansprüche auf Sachleistungen und nicht um Geldleistungen, sofern nichts Abweichendes – wie etwa bei der Kindertagespflege oder in § 39 SGB VIII – festgelegt sei.¹⁰⁵⁹ Darüber hinaus wurde mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 5 SGB VIII argumentiert, wonach die Leistungsberechtigten das Recht haben, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern. Dieses Recht sei gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe geltend zu machen, was nur dann einen Sinn ergäbe, wenn dies vor der Durchführung der Hilfe erfolge.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵³ BVerwG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 C 31/95, NJW 1997, 2831; Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98.

¹⁰⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 21. Januar 1993 – 5 C 3/91, NJW 1993, 3153, 3154 für die Sozialhilfe.

¹⁰⁵⁵ Ausführlich *Hinrichs* 2003, 53 ff.

¹⁰⁵⁶ Ausführlich *Mrozynski*, SGB 1987, 404 ff.

¹⁰⁵⁷ *Wiesner* in *Wiesner u.a.* SGB VIII 2000 Vor § 11 Rz. 75; *Münder u.a.* FK-SGB VIII 1998 Vor Kap 2 Rz. 11, § 27 Rz. 30; *Münder* 2000, 60 f.; *ders.*, RsDE 38, 55 ff.

¹⁰⁵⁸ *Neumann*, RsDE 31, 42, 59; so später auch BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98, 100 ff.

¹⁰⁵⁹ *Stähr*, ZfJ 1998, 24, 29.

¹⁰⁶⁰ *Oehlmann-Austermann*, ZfJ 1997, 455, 457; so später auch BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98, 100 ff.

Die Kontroversen über die Frage der Voraussetzungen für eine zulässige Selbstbeschaffung, die eine Kostenerstattungspflicht des Jugendamts auslöst, sind mit Einfügung von § 36a SGB VIII durch das Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK – zum Oktober 2005 beendet worden. § 36a SGB VIII schließt die Selbstbeschaffung der Hilfe durch die Leistungsberechtigten grundsätzlich aus und nimmt die wesentlichen Elemente der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der vorangegangenen Jahre auf.¹⁰⁶¹ Nach § 36a Abs. 1 SGB VIII trägt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Kosten der Hilfe grundsätzlich nur dann, wenn sie auf der Grundlage seiner Entscheidung nach Maßgabe des Hilfeplans unter Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts erbracht wird. § 36a Abs. 3 SGB VIII regelt den Fall des Systemversagens: Werden Hilfen vom Leistungsberechtigten selbst beschafft, so ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Übernahme der erforderlichen Aufwendungen nur dann verpflichtet, wenn der Leistungsberechtigte den Träger vor der Selbstbeschaffung über den vorliegenden Hilfebedarf informiert hat, die Voraussetzungen für die Hilfeleistung gegeben waren und die Deckung des Bedarfs unaufschiebbar war, weil die Entscheidung des Trägers über die Gewährung der Leistung oder die Entscheidung über ein Rechtsmittel bei rechtswidriger Ablehnung der Hilfe nicht abgewartet werden konnte. Eine Ausnahmeregelung besteht nach § 36a Abs. 2 SGB VIII für niedrigschwellige ambulante Hilfen, insbesondere die Erziehungsberatung. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe soll die unmittelbare Inanspruchnahme solcher Hilfen zulassen und zu diesem Zweck Vereinbarungen mit den Leistungserbringern über die Leistungserbringung und die Kostenübernahme abschließen. Damit soll der unmittelbare Zugang zum Beratungsdienst ohne vorheriges Kontaktieren des Jugendamts als wesentliches Merkmal der Erziehungsberatung, das oft konstitutiv für den Erfolg der Hilfe ist, erhalten bleiben.¹⁰⁶² Die Merkmale *ambulant* und *niedrigschwellig* müssen kumulativ vorliegen. Die Ausnahmeregelung kommt somit neben der ausdrücklich genannten Erziehungsberatung nur für ambulante Hilfen infrage, die eine vergleichbare Intensität aufweisen.¹⁰⁶³ Sofern für die

¹⁰⁶¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum Tagesbetreuungsbaugesetz – TAG, BT-Drucks. 15/5616, 45; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum TAG, BT-Drucks. 15/3676, 36 mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99, BVerwGE 112, 98; Schmid-Obkirchner in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 3.

¹⁰⁶² Schmid-Obkirchner in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 6; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 65.

¹⁰⁶³ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36a Rz. 39.

Hilfe ein Hilfeplan nach § 36 Abs. 2 SGB VIII aufgestellt werden muss, ist das Merkmal der Niedrigschwelligkeit nicht mehr erfüllt.¹⁰⁶⁴

Die grundsätzliche Beschränkung der Selbstbeschaffung auf Fälle des Systemversagens schränkt einerseits die Autonomie der Leistungsberechtigten ein, sichert aber den kooperativen sozialpädagogischen Entscheidungsfindungsprozess nach § 36 SGB VIII, der die Zusammenarbeit von Jugendamt und Leistungsberechtigten im Vorfeld der Hilfestellung erfordert.¹⁰⁶⁵

7.3 Das Verfahren nach §§ 36, 37 SGB VIII

In § 36 SGB VIII sind spezielle Regelungen zum Verfahren enthalten, mit dem über die im Einzelfall zu gewährende Hilfe zur Erziehung entschieden wird. Daneben findet die Regelung auch Anwendung für die Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche mit seelischer Behinderung nach § 35a SGB VIII sowie für die Hilfe für junge Volljährige gemäß § 41 SGB VIII. Neben der Einbeziehung der Vorstellungen und Ziele der beteiligten Leistungsberechtigten und Minderjährigen beinhaltet § 36 SGB VIII zudem als qualitätssichernde Elemente das Erfordernis der Teamarbeit und die Erstellung eines Hilfeplans für den konkreten Einzelfall bei längerfristigen Hilfen.

7.3.1 Die Regelungen zur Beteiligung der Adressaten und zum Hilfeplanverfahren

Gemäß § 36 Abs. 1 SGB VIII sind der Personensorgeberechtigte und das Kind oder der Jugendliche vor ihrer Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Hilfe und vor einer notwendigen Änderung von Art und Umfang der Hilfe zu beraten und auf die möglichen Folgen für die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen hinzuweisen. Vor und während einer langfristig zu leistenden Hilfe außerhalb der eigenen Familie ist zu prüfen, ob die Annahme als Kind in Betracht kommt. Ist Hilfe außerhalb der eigenen Familie erforderlich, so sind die in Satz 1 genannten Personen bei der Auswahl der Einrichtung oder der Pflegestelle zu beteiligen. Der Wahl und den Wünschen ist zu entsprechen, sofern sie nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden sind. Die Wahl einer in § 78a genannten Leistung in einer Einrichtung, mit deren Träger keine Vereinbarungen nach § 78b¹⁰⁶⁶ bestehen, ist nur in Ausnahmefällen möglich.

¹⁰⁶⁴ Kunkel/Pattar in LPK-SGB VIII 2016 § 36a Rz. 11; Meysen in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36a Rz. 24.

¹⁰⁶⁵ Meysen in Mündler u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36a Rz. 7.

¹⁰⁶⁶ Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung.

§ 36 Abs. 1 SGB VIII begründet zunächst gegenüber den betroffenen Personen eine umfassende Beratungsverpflichtung des Jugendamts. Dabei ist insbesondere auf die Leistungspalette der Jugendhilfe, die Beteiligungsrechte der Betroffenen, die internen Abläufe im Jugendamt einschließlich der datenschutzrechtlichen Bestimmungen und auf die Kostenbeitragsregelungen einzugehen.¹⁰⁶⁷

Die für alle Hilfen geltende Pflicht zur Beteiligung der Betroffenen wird für den Fall der Hilfe außerhalb der Herkunftsfamilie weiter konkretisiert. In diesem Zusammenhang wird nochmals das bereits in § 5 SGB VIII geregelte Wunsch- und Wahlrecht im Hinblick auf die Auswahl einer Einrichtung oder Pflegestelle angeführt, das hier nur durch den Mehrkostenvorbehalt nach § 5 Abs. 2 Satz SGB VIII eingeschränkt wird, ansonsten aber zwingend zu beachten ist. Demgegenüber ist es im Rahmen des § 5 SGB VIII nur als Soll-Regelung ausgestaltet. Das Wunsch- und Wahlrecht bezieht sich in diesem Zusammenhang nur auf die Auswahl eines Trägers bzw. Dienstes für die Leistungserbringung und die Ausgestaltung der Hilfe, nicht jedoch auf die Auswahl einer bestimmten Hilfeart. Diese richtet sich allein nach den Kriterien der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 SGB VIII, die wiederum auch von den Wünschen der Adressaten beeinflusst werden.

Nach § 36 Abs. 2 soll die Entscheidung über die im Einzelfall angezeigte Hilfeart, wenn Hilfe voraussichtlich für längere Zeit zu leisten ist, im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte getroffen werden. Als Grundlage für die Ausgestaltung der Hilfe sollen sie zusammen mit dem Personensorgeberechtigten und dem Kind oder dem Jugendlichen einen Hilfeplan aufstellen, der Feststellungen über den Bedarf, die zu gewährende Art der Hilfe sowie die notwendigen Leistungen enthält; sie sollen regelmäßig prüfen, ob die gewählte Hilfeart weiterhin geeignet und notwendig ist. Werden bei der Durchführung der Hilfe andere Personen, Dienste oder Einrichtungen tätig, so sind sie oder deren Mitarbeiter an der Aufstellung des Hilfeplans und seiner Überprüfung zu beteiligen.

Die in Absatz 2 normierte Erstellung eines Hilfeplans ist der zweite zentrale inhaltliche Aspekt des § 36 SGB VIII. Dieser soll aufgestellt werden, wenn die Hilfe voraussichtlich für längere Zeit¹⁰⁶⁸ zu leisten ist, wobei die Regelung keine konkreten zeitlichen Angaben enthält. Ob bei einer (geplanten) Hilfe von längerer Zeit im Sinne der

¹⁰⁶⁷ Ausführlich *Meysen* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 9 ff.

¹⁰⁶⁸ Ausführlich zur Auslegung *Schmid* 2004, 44 ff.

Norm auszugehen ist, bestimmt sich jeweils nach den Verhältnissen des Einzelfalls, wobei neben der reinen Zeitdauer auch die Intensität der Hilfe, die Qualität des Hilfebedarfs und die Zeitrelevanz gemessen am Lebensalter des Kindes zu berücksichtigen sind.¹⁰⁶⁹ Als Zeitraum wird unter Berücksichtigung der genannten Aspekte überwiegend von einer voraussichtlichen Hilfegewährung von mindestens sechs¹⁰⁷⁰ bis mindestens zwölf Monaten¹⁰⁷¹ ausgegangen.

Der Hilfeplan enthält insbesondere eine Konkretisierung des erzieherischen Bedarfs, Aussagen zu bisher geleisteten Hilfen, Vorschläge für aktuell geeignete Hilfen, deren konkrete Aufgaben und Ziele aus Sicht aller Beteiligten, Beginn, Intensität und voraussichtliche Dauer. Bei Hilfen außerhalb der Herkunftsfamilie enthält er auch Aussagen über perspektivische Planungen etwa im Hinblick auf Umgangskontakte und die Rückkehr des Minderjährigen.¹⁰⁷² Er dient der Selbstkontrolle des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, ist ein Koordinierungsinstrument zwischen dem Jugendamt und dem Träger des Dienstes oder der Einrichtung, der im Einzelfall tätig wird, und hat die Aufgabe, Vorstellungen, Einschätzungen und Erwartungen der Beteiligten transparent zu machen.¹⁰⁷³ In den Hilfeplan sind die Vorstellungen der Betroffenen aufzunehmen. Er ist während der gesamten Dauer der Hilfegewährung regelmäßig zu überprüfen. Kommt es zu neuen oder veränderten Erkenntnissen, Entwicklungen oder Perspektiven im Hinblick auf die Hilfe, so ist der Hilfeplan zu ändern, um die Hilfe den neuen Gegebenheiten oder Erkenntnissen anzupassen.¹⁰⁷⁴

Am Hilfeplan sind neben dem Minderjährigen und Personensorgeberechtigten auch Mitarbeiter der Dienste oder Einrichtungen zu beteiligen, die bei der Durchführung der Hilfe tätig werden. Eine Beteiligung nichtsorgeberechtigter Eltern, etwa nach einem Entzug der Personensorge durch das Familiengericht in einem Verfahren nach § 1666 BGB, ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie ist jedoch nicht ausgeschlossen und wird in vielen Fällen im Hinblick auf die Beziehungsqualität zwischen dem Minderjährigen und seinen Eltern oder eine mögliche Rückkehroption bei

¹⁰⁶⁹ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 50; Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 39, 46.

¹⁰⁷⁰ Kunkel/Pattar in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 32; Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 46; Schmid 2004, 44 ff.

¹⁰⁷¹ Münders/Trenczek 2015, 201.

¹⁰⁷² Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 49 ff.; Münders/Trenczek 2015, 201; ausführlich DV, NDV 1994, 317 ff.; ders., NDV 2006, 343 ff.

¹⁰⁷³ Begründung des Regierungsentwurfs zum KJHG, BT-Drucks. 11/5948, 74 zu § 36 Abs. 2.

¹⁰⁷⁴ Münders/Tammen 2002, 71.

Fremdunterbringung sinnvoll sein.¹⁰⁷⁵ Ob und in welcher Weise sie durchzuführen ist, ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden, wobei vor allem auch der Wille des Minderjährigen und der Personensorgeberechtigten zu berücksichtigen sind.¹⁰⁷⁶ Den Eltern ist jedoch in der Regel der Hilfeplan zur Kenntnis zu geben, selbst wenn ihnen die Personensorge entzogen worden ist.¹⁰⁷⁷

Die Art und Weise der Beteiligung von Kindern ist von ihrem Alter und Entwicklungsstand abhängig.¹⁰⁷⁸

Die Verfahrensbestimmungen des § 36 SGB VIII dienen insbesondere durch die Mitwirkung der betroffenen jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten einer angemessenen inhaltlichen Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 27 Abs. 1 SGB VIII hinsichtlich der Voraussetzungen und der konkreten Form der Leistungserbringung.¹⁰⁷⁹ Die weitreichende Beteiligung der Personensorgeberechtigten und der Minderjährigen in dem zur Entscheidung über die Hilfe führenden Verfahren ist insbesondere unter dem Aspekt von Bedeutung, dass die erfolgreiche Realisierung einer Hilfe stets die Akzeptanz und Mitwirkung der Betroffenen voraussetzt.¹⁰⁸⁰ Eine Hilfe, die von außen betrachtet als objektiv besonders sinnvoll erscheinen mag, die aber von den Betroffenen nicht akzeptiert und nicht mitgetragen wird, wird im Ergebnis weniger erfolgreich sein als eine objektiv weniger geeignete Hilfe, an der alle Beteiligten mitarbeiten.¹⁰⁸¹ Eine auf Verhaltensänderung ausgerichtete Hilfe kann nur dann Erfolg haben, wenn sie von den Adressaten akzeptiert und mitgestaltet wird.¹⁰⁸² Die gewünschten und gebotenen Leistungen können somit nicht a priori festgelegt und vorgegeben, sondern müssen erst in einem Verständigungsprozess unter weitestgehender Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten konkretisiert werden.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁵ Kunkel/Pattar in LPK-SGB VIII 2016 § 36a Rz. 42; Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 29; Münders/Trenczek 2015, 203.

¹⁰⁷⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 20.

¹⁰⁷⁷ Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 30.

¹⁰⁷⁸ Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 22: es „besteht in Bezug auf Kreativität in der Praxis erheblicher Qualifizierungsbedarf“, zu möglichen Handlungsansätzen ISA 2009, 34 ff.; BAGLJÄ 2015, 21.

¹⁰⁷⁹ Ähnlich Schmid-Obkirchner in Münders/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 14; unter Hinweis auf eine notwendige psychosoziale Diagnostik Kunkel/Pattar in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 40.

¹⁰⁸⁰ BGH, Beschluss vom 06. Juli 2016 – XII ZB 47/15, juris Rz. 27.

¹⁰⁸¹ Münders/Trenczek 2015, 198.

¹⁰⁸² Tammen/Trenczek in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor § 27 Rz. 27; Schmid-Obkirchner in Münders/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 14.

¹⁰⁸³ Meysen in Münders u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 4.

Der in § 36 SGB VIII vorgegebene Prozess der Einbringung der Vorstellungen und Sichtweisen sowohl der beteiligten Fachkräfte als auch der beteiligten Leistungsberechtigten und Minderjährigen wird teilweise als „Aushandeln“ der Hilfe bezeichnet.¹⁰⁸⁴ Diese Begrifflichkeit wird vielfach unter Hinweis auf das letztliche Entscheidungsprimat des Jugendamts und den Charakter der Entscheidung über die Bewilligung der Hilfe als gebundene Entscheidung kritisiert.¹⁰⁸⁵ Ein Aushandlungsprozess im Sinne einer ergebnisoffenen Verhandlung zwischen Partnern, die sich auf gleicher Ebene begegnen, um jeweils ihre Interessen durchzusetzen,¹⁰⁸⁶ kann – jedenfalls in rechtlicher Hinsicht – im Rahmen des § 36 SGB VIII nicht erfolgen. Das Verfahren ist auf den Erlass eines Verwaltungsakts ausgerichtet, über den letztlich das Jugendamt entscheidet, das sich rechtlich gesehen in einem Überordnungsverhältnis zu den Adressaten der Hilfe befindet.¹⁰⁸⁷ Das Jugendamt kann die Entscheidung über die Hilfe auch treffen, wenn kein Konsens zwischen den Beteiligten erzielt wurde.¹⁰⁸⁸ Zudem begrenzen fachliche Kriterien die Möglichkeiten der Entscheidung über eine Hilfe.¹⁰⁸⁹ Eine Hilfe, die nicht geeignet oder nicht erforderlich ist, kann nicht in rechtmäßiger Weise vom Jugendamt gewährt und damit auch im Rahmen des Verfahrens des § 36 SGB VIII nicht von den Betroffenen durchgesetzt werden.¹⁰⁹⁰ Während eine Hilfe, die von den Betroffenen abgelehnt wird, aus subjektiven Gründen ungeeignet ist und damit nicht in Betracht kommt,¹⁰⁹¹ ist nicht auch umgekehrt eine Hilfe, die von den Adressaten gewünscht wird, allein deshalb automatisch erforderlich und geeignet.¹⁰⁹²

§ 36 SGB VIII mit seiner Festschreibung der kooperativen Gestaltung pädagogischer Prozesse ist in besonderem Maße Ausdruck des Perspektivenwandels in der

¹⁰⁸⁴ BMFSFJ 1998, Zehnter Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 13/11368, 260: „Der Hilfeplan ist ... die schriftliche Dokumentation einer vorausgegangenen Hilfeplanung, d.h. eines Aushandlungsprozesses“; Schmid-Obkirchner in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 16: „kommunikativ gesteuertes Aushandlungsverfahren“; DV, NDV 1994, 317, 320; Herwig-Lempp, Jugendhilfe 2006, 18, 21 ff.; BAGLJÄ 2015, 22.

¹⁰⁸⁵ Stähr in Hauck-Noftz SGB VIII § 36 Rz. 49; Mrozynski § 36 Rz. 9; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 27 Rz. 25, § 36 Rz. 9; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 11; i.E. Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 24.

¹⁰⁸⁶ So die Kriterien, die Herwig-Lempp, Jugendhilfe 2006, 18, 27 f., als Leitideen benennt.

¹⁰⁸⁷ I.E. Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 11.

¹⁰⁸⁸ OVG RP, Urteil vom 11. Mai 2000 – 12 A 12335/99, ZfJ 2001, 23.

¹⁰⁸⁹ Trenczek, JAmt 2015, 190, 194: „Die Kinder- und Jugendhilfe ist kein Selbstbedienungssupermarkt.“

¹⁰⁹⁰ Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 5; Trenczek, JAmt 2015, 190, 193.

¹⁰⁹¹ VG Hannover, Urteil vom 04. März 2008 – 3 A 6111/07, NJW 2008, 3371; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 40; Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 6.

¹⁰⁹² Trenczek, JAmt 2015, 190, 193.

Jugendhilfe mit Inkrafttreten des SGB VIII.¹⁰⁹³ Der junge Mensch bzw. seine Familie stehen als Subjekte im Mittelpunkt der Hilfeerbringung anstatt als deren Objekte betrachtet zu werden.¹⁰⁹⁴ Jugendhilfe begreift sich insofern als Partner der Familie und versucht, gemeinsam mit ihr die bestehenden Probleme zu klären und zu lösen. Die beteiligungsfördernde Gestaltung des Hilfeplanverfahrens ist einer der zentralen Wirkfaktoren der Kinder- und Jugendhilfe.¹⁰⁹⁵ Die Realisierung des kooperativen Entscheidungsprozesses gemäß § 36 SGB VIII stößt in der Praxis jedoch vielfach auf Probleme.¹⁰⁹⁶ Die Betroffenen sind oft damit überfordert, ihre eigenen Vorstellungen und Wünsche in das Verfahren einzubringen, dies nicht zuletzt wegen der Hemmschwelle dem Jugendamt als Behörde gegenüber und aufgrund von Kommunikationsproblemen gegenüber den sozialpädagogischen Fachkräften.¹⁰⁹⁷ Vor diesem Hintergrund relativiert sich die Bedeutung des „Aushandlungsprozesses“ des § 36 SGB VIII auch pädagogisch deutlich. Hieraus resultiert die Verpflichtung der Fachkräfte, die Betroffenen zur Mitwirkung zu ermutigen und zu motivieren sowie sich auch sprachlich auf sie einzustellen.¹⁰⁹⁸

7.3.2 Die besondere Stellung der Erziehungsberatung

Umstritten ist, ob die Erziehungsberatung nach § 28 SGB VIII aus dem Verfahrenserfordernis des § 36 Abs. 2 SGB VIII ausgeklammert werden kann. Dies wird teilweise unter Verweis auf die Formulierung des § 36 Abs. 2 SGB VIII als Soll-Regelung vertreten.¹⁰⁹⁹ Zudem wird zur Begründung angeführt, das Erfordernis eines Hilfeplanverfahrens kollidiere mit der Regelung in § 36a Abs. 2 SGB VIII, wonach die niedrigschwellige unmittelbare Inanspruchnahme insbesondere der Erziehungsberatung zuzulassen sei.¹¹⁰⁰ Der gesetzlichen Forderung nach einer Entscheidung von mehreren Fachkräften bei Hilfen, die voraussichtlich für längere Zeit zu leisten seien, könne durch eine „interne“ Hilfeplanung in der Erziehungsberatungsstelle nachgekommen werden.¹¹⁰¹ Die Tatsache, dass der Gesetzgeber für die Erziehungsberatung die Selbstbeschaffung zulasse, spreche dafür, den Zugang nicht durch ein Hilfeplanver-

¹⁰⁹³ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 1.

¹⁰⁹⁴ Münster/Trenczek 2015, 199.

¹⁰⁹⁵ Tammen/Trenczek in Münster u.a. FK-SGB VIII 2013 Vor § 27 Rz. 27; ISA 2009, 55, 57; dies. 2010, 75 ff.

¹⁰⁹⁶ Meysen in Münster u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 6; Schmid 2004, 188 ff.

¹⁰⁹⁷ BMFSFJ 1998, Zehnter Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 13/11368, 260 f.; Münster/Trenczek 2015, 199 f.

¹⁰⁹⁸ BAGLJÄ 2015, 21 f.

¹⁰⁹⁹ Maas, ZfJ 1996, 113, 117.

¹¹⁰⁰ Bke, JAMt 2011, 128, 129.

¹¹⁰¹ DV, NDV 1994, 317; ders., NDV 1996, 74, 76; bke 2006, 4; dies., JAMt 2011, 128, 131.

fahren höherschwellig zu gestalten.¹¹⁰² Insbesondere bei der Erziehungsberatung als bewusst niederschwelligem Hilfeangebot könne ein vorgeschaltetes Verfahren nach § 36 SGB VIII eher hemmend wirken.¹¹⁰³ Das Jugendamt habe hier seine Steuerungsverantwortung nicht im Einzelfall, sondern bezogen auf ein bedarfsgerechtes Beratungsangebot auszuüben¹¹⁰⁴

Dieser Position wird entgegengehalten, ein genereller Ausschluss einer Hilfeart vom Verfahren nach § 36 Abs. 2 SGB VIII komme nicht in Betracht.¹¹⁰⁵ Eine Soll-Regelung beschränke Ausnahmefälle auf atypische Umstände im Einzelfall, man könne sie nicht aus einer atypischen Struktur einer Hilfeart an sich ableiten.¹¹⁰⁶ Die dem Jugendamt obliegende Verantwortung, ein Verfahren nach § 36 SGB VIII durchzuführen, könne nicht durch eine Vereinbarung i.S.d. § 36a Abs. 2 SGB VIII auf einen Träger der freien Jugendhilfe übertragen werden. Eine beratungsstelleninterne Hilfeplanung sei keine solche nach § 36 SGB VIII und könne diese nicht ersetzen.¹¹⁰⁷ Lediglich in Ausnahmefällen sei im Rahmen des Spielraums, den die Soll-Formulierung in § 36 Abs. 2 SGB VIII gewähre, von der Durchführung abzusehen. Dies gelte, wenn trotz intensiver Bemühungen der Erziehungsberatungsstelle, die Eltern zur Hinzuziehung des Jugendamts zu motivieren, durch den Einsatz des Hilfeplanverfahrens die Hilfe gefährdet werde.¹¹⁰⁸

Für die Erforderlichkeit des Hilfeplanverfahrens bei der voraussichtlich längerfristigen Inanspruchnahme der Erziehungsberatung spricht zunächst die Einbettung dieser Leistung in die Hilfe zur Erziehung. Damit kommt die Erziehungsberatung nicht generell bei jedem Anliegen und jeder Fragestellung von Eltern, jungen Menschen oder Erziehungsberechtigten in Betracht. Voraussetzung ist nach § 27 Abs. 1 SGB VIII, dass eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und in dieser Situation gerade die Erziehungsberatung zur Deckung des erzieherischen Bedarfs geeignet und notwendig ist. Unterhalb dieser Schwelle stehen insbesondere in den §§ 16 bis 18 SGB VIII zahlreiche anderweitige Beratungsangebote bereit. Ist ein erzieherischer Bedarf im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII gegeben

¹¹⁰² *Struck/Trenczek* in *Münder u.a. FK-SGB VIII 2013* § 28 Rz. 19.

¹¹⁰³ *Münder/Trenczek 2015*, 202.

¹¹⁰⁴ *Bke 2006*, 4, 6.

¹¹⁰⁵ *Stähr* in *Hauck/Noftz SGB VIII* § 36a Rz. 20; *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 36 Rz. 51.

¹¹⁰⁶ *Kunkel/Kepert* in *LPK-SGB VIII 2016* § 36 Rz. 32.

¹¹⁰⁷ *DIJuF*, *JAMt 2011*, 134, 135.

¹¹⁰⁸ *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner SGB VIII 2015* § 36 Rz. 51; *Schmid 2004*, 47; *DIJuF*, *JAMt 2011*, 134, 135.

und wird von der Erziehungsberatungsstelle ein langfristiger Beratungsprozess für erforderlich gehalten, deutet dies auf eine nicht unerhebliche Problemlage hin. Hier muss das Jugendamt, das nach § 27 SGB VIII zur Erbringung der Hilfe zur Erziehung verpflichtet ist, die Möglichkeit haben, im Rahmen eines Hilfeplanverfahrens die Eignung der Hilfe zu prüfen und ggf. andere Vorschläge zu unterbreiten. Da die Fachkräfte des Jugendamts das Gesamtspektrum der Hilfearten umfassend überblicken, dürften sie hierzu eher in der Lage sein als die Erziehungsberatungsstelle selbst. Diese könnte zudem ein Eigeninteresse daran haben, die Klienten durch Fortsetzung der Hilfe an sich zu binden. Darüber hinaus handelt es sich bei den Mitarbeitern der Erziehungsberatungsstelle nicht um Fachkräfte im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII, die den Hilfeplan aufstellen sollen. Dies sind nach § 72 Abs. 1 SGB VIII bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe beschäftigte Personen mit der erforderlichen Qualifikation.¹¹⁰⁹

Die Systematik des Gesetzes lässt auch nicht erkennen, dass § 36a Abs. 2 SGB VIII das Erfordernis des Hilfeplanverfahrens ausschließen soll. Die Regelung enthält zwar die Aussage, dass die niedrigschwellige Inanspruchnahme der Erziehungsberatung zugelassen werden soll, sie enthält aber keine Angaben zur zeitlichen Perspektive in dem Sinne, dass dieser unmittelbare Zugang die unbegrenzte Fortsetzung der Hilfe ohne Einschaltung des Jugendamts bedeuten soll. Die bei der Auslegung des Begriffs „*wenn die Hilfe voraussichtlich für längere Zeit zu leisten ist*“ in § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII zu berücksichtigenden Kriterien führen dazu, dass bei der Erziehungsberatung ohnehin ein überdurchschnittlich langer Zeitraum anzusetzen ist, bis die Notwendigkeit eines Hilfeplanverfahrens eintritt.¹¹¹⁰ Die Erziehungsberatung liegt hinsichtlich der zeitlichen Intensität mit durchschnittlich zehn Beratungskontakten innerhalb von sechs Monaten deutlich unter den anderen Hilfearten, die wesentlich häufigere Kontakte bzw. mehr Leistungsstunden aufweisen.¹¹¹¹ Sofern doch aufgrund einer überdurchschnittlichen Häufigkeit von Beratungskontakten oder eines besonders langwierigen Beratungsprozesses davon auszugehen ist, dass die Hilfe im Sinne von § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII voraussichtlich für längere Zeit zu leisten ist, dürfte es den Fachkräften der Erziehungsberatungsstelle innerhalb dieses Zeitraums in der Regel möglich sein, eine Bereitschaft der Eltern zur Hinzuziehung des

¹¹⁰⁹ OVG NI, Beschluss vom 09. Juli 2010 – 4 ME 306/09, JAmt 2011, 102, 105.

¹¹¹⁰ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 51: Aussetzen der Verpflichtung zum Verfahren nach § 36 Abs. 2 SGB VIII für eine Anfangsphase der Beratung von sechs Monaten; bke, JAmt 2011, 128, 131: längerer Zeitraum anzunehmen nach 20 Beratungskontakten bzw. nach einem Jahr.

¹¹¹¹ BAGLJÄ 2015, 82.

Jugendamts herzustellen. In den Fällen, in denen dies nicht möglich ist, kann und muss aufgrund eines atypischen Ausnahmefalls vom Hilfeplanverfahren abgesehen werden, da dieses einer (Fortsetzung der) Hilfe im Interesse des Kindes gerade entgegenstehen würde.¹¹¹²

7.3.3 Rechtscharakter und rechtliche Bedeutung des Hilfeplans

Der Hilfeplan ist nach einhelliger Auffassung mangels Regelungscharakters kein Verwaltungsakt.¹¹¹³ Vereinzelt wird er als Nebenbestimmung sui generis gewertet.¹¹¹⁴ Überwiegend wird das Hilfeplanverfahren jedoch als schlichtes Verwaltungshandeln gewertet, mit dem das Jugendamt die Leistungsentscheidung vorbereitet.¹¹¹⁵ Der Hilfeplan kann von den Betroffenen nicht selbst unmittelbar angegriffen werden, sondern dies ist nur im Rechtsbehelf gegen den Bescheid über die Gewährung der Hilfe möglich.¹¹¹⁶

Dem Hilfeplan kann allerdings rechtliche Bedeutung zukommen, indem die darin enthaltenen Berichte der Fachkräfte eine anspruchskonkretisierende Wirkung entfalten.¹¹¹⁷ Von den einvernehmlich festgestellten Aussagen zum erzieherischen Bedarf sowie zu Eignung und Notwendigkeit einer Hilfe darf anschließend nicht seitens des Jugendamts aus fachfremden, nicht sozialpädagogischen Überlegungen heraus abgewichen werden.¹¹¹⁸ In diesem Zusammenhang können die betreffenden Berichte auch im Gerichtsverfahren gegen die Ablehnung der gewünschten Hilfe Bedeutung erlangen.¹¹¹⁹

Das Fehlen eines förmlichen Hilfeplans führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Leistungsgewährung, sofern eine Hilfeplanung durchgeführt und Notwendigkeit und

¹¹¹² Schmid 2004, 47; *DIJuF*, JAmt 2011, 134, 135.

¹¹¹³ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 36 Rz. 40; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 48; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 78; Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 53; Münder/Trenczek 2015, 202; Maas, ZfJ 1996, 113, 119.

¹¹¹⁴ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 79; dies. in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 25; Schmid 2004, 124 ff.

¹¹¹⁵ VG Braunschweig, Urteil vom 09. August 2010 – 3 A 147/09, JAmt 2011, 95: „Die Hilfeplanung ist eine Art Begründung und Verschriftlichung des mit der Hilfestellung verfolgten sozialpädagogischen Ziels.“; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 48; Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 53; Münder/Trenczek 2015, 202.

¹¹¹⁶ VG Braunschweig, Urteil vom 09. August 2010 – 3 A 147/09, JAmt 2011, 95; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 48; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 82; Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 53; Münder/Trenczek 2015, 202.

¹¹¹⁷ Tammen/Trenczek in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 50 ff.; Tammen in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.5 Rz. 68; Münder/Trenczek 2015, 95 f.

¹¹¹⁸ Trenczek 2000, 59.

¹¹¹⁹ Entscheidung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die fachliche Stellungnahme der Sozialarbeiterin des Jugendamts: VGH HE, Beschluss vom 27. April 1988 – 9 TH 2668/87, FEVS 38, 56, 58.

Geeignetheit nach außen dokumentiert festgestellt worden sind,¹¹²⁰ jedoch ist ein Hilfeplangespräch nachzuholen.¹¹²¹ Die Ablehnung einer Leistung setzt kein vorangegangenes Hilfeplanverfahren voraus, wenn auf andere Weise festgestellt werden kann, dass die Leistungsvoraussetzungen nicht vorliegen.¹¹²² Die Entscheidung des Jugendamts über die Gewährung oder Ablehnung einer Hilfe ist erst dann rechtswidrig weil verfahrensfehlerhaft, wenn eine Beteiligung der Betroffenen trotz ihrer Bereitschaft nicht stattgefunden hat.¹¹²³

Im Fall der Selbstbeschaffung bei Systemversagen nach § 36a Abs. 3 SGB VIII wird die Leistung durch das Fehlen einer Hilfeplanung nicht rechtswidrig.¹¹²⁴ Dies gilt auch, wenn die Beteiligten eine Mitarbeit im Sinne der Vorschrift ablehnen. In diesen Fällen führt das fehlende Verfahren nach § 36 SGB VIII nicht zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung über die Hilfe oder gar der Hilfestellung.¹¹²⁵

¹¹²⁰ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24.98, BVerwGE 109, 155, 156; VGH BY, Urteil vom 30. Januar 2008 – 12 B 07.280, juris Rz. 37; OVG NI, Beschluss vom 08. Mai 2008 – 4 LA 128/07, FEVS 60, 25; Beschluss vom 11. Juni 2008 – 4 ME 184/08, FEVS 60, 28; a.A. offenbar *Schmid-Obkirchner* in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 82; *dies.* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.8 Rz. 25; *Schmid* 2004, 135.

¹¹²¹ *Meysen* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 53; *Münder/Trenczek* 2015, 202.

¹¹²² OVG NI, Beschluss vom 08. Mai 2008 – 4 LA 128/07, FEVS 60, 25; Beschluss vom 11. Juni 2008 – 4 ME 184/08, FEVS 60, 28; *Meysen* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 53; *Münder/Trenczek* 2015, 202.

¹¹²³ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24.98, BVerwGE 109, 156 ff.; VGH BW, Beschluss vom 06. Dezember 1999 – 2 S 891/98, ZfJ 2000, 115; *Münder/Trenczek* 2015, 202.

¹¹²⁴ *Schmid-Obkirchner* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.8 Rz. 25.

¹¹²⁵ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24.98, BVerwGE 109, 155, 156.

8 Der Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Entscheidungen des öffentlichen Jugendhilfeträgers im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII

Im Zusammenhang mit der Entscheidung über die konkrete Hilfe im Einzelfall stellt sich die Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten der Anspruchsberechtigten.

Bei der Entscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung handelt es sich um einen Verwaltungsakt gemäß § 31 SGB X, da die Behörde mit der Entscheidung über den Anspruch eine hoheitliche Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung für die Betroffenen trifft.¹¹²⁶ Wird die Hilfe abgelehnt oder entspricht die vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe bewilligte Hilfe nicht den Wünschen und Vorstellungen der Personensorgeberechtigten, so können diese nach der ordnungsgemäßen und erfolglosen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens nach den §§ 68 ff. VwGO – sofern dieses nicht landesrechtlich ausgeschlossen ist – vor dem Verwaltungsgericht Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 2. Alternative VwGO auf die Gewährung der von ihnen angestrebten konkreten Hilfe erheben.

Umstritten ist bei diesem Verfahren jedoch der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit der vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe getroffenen Entscheidung. Die Überprüfungsbefugnis des Gerichts könnte sich unter zwei Aspekten als eingeschränkt erweisen: § 27 Abs. 1 SGB VIII enthält zunächst auf Tatbestands-ebene verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe, bei denen umstritten ist, ob diese vom Jugendamt letztverbindlich ausgelegt bzw. abgewogen werden können, oder ob und wenn ja in welchem Umfang diese Entscheidung verwaltungsgerichtlich überprüfbar ist. Entscheidend hierfür ist, ob ein Beurteilungsspielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative oder ein Bewertungsvorrecht der Behörde anzuerkennen ist. Zudem ist umstritten, ob die Vorschrift auf der Rechtsfolgenseite dem Jugendamt Ermessen hinsichtlich der zu wählenden konkreten Hilfeform einräumt.

¹¹²⁶ Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 65; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 10; Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 36 Rz. 79; Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 53; Kunkel, ZfJ 1998, 205, 207; ausführlich zu der Frage, ob es sich um einen Dauerverwaltungsakt handelt Kepert, SozR aktuell 2016, 52 ff.

Die Diskussion über den Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit hat ihren Hintergrund darin, dass Hilfe zur Erziehung eine sozialpädagogische Dienstleistung darstellt, das Gesetz mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe enthält und bei der Suche nach der geeigneten Hilfeleistung die kooperative Zusammenarbeit zwischen dem Jugendamt und den Leistungsberechtigten sowie den betroffenen Minderjährigen unabdingbar ist.¹¹²⁷

8.1 Bestehen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe Beurteilungsspielräume oder sonstige Entscheidungsfreiräume der Träger der öffentlichen Jugendhilfe?

Umstritten ist zunächst, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 27 Abs. 1 SGB VIII durch den öffentlichen Jugendhilfeträger im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überprüfbar ist.

Auf der Tatbestandsebene enthält § 27 Abs. 1 SGB VIII mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe. Es handelt sich zunächst bei der Formulierung „*Wohl des Kindes oder des Jugendlichen*“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Gleiches gilt für die Formulierung, eine diesem entsprechende Erziehung sei „*nicht gewährleistet*“ und bei den Begriffen, die Hilfe müsse für die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen „*geeignet und notwendig*“ sein.

Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur gehen für den vierten Abschnitt des zweiten Kapitels des SGB VIII überwiegend von einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe – speziell der Begriffe der Eignung und Notwendigkeit – durch das Verwaltungsgericht aus.¹¹²⁸ Zur Begründung wird im Wesentlichen auf den in § 36 SGB VIII geregelten kooperativen Entscheidungsprozess über die Hilfe abgestellt. Die Kernaussage der Rechtsprechung lautet: *„Dabei ist zu beachten, daß es sich bei der Entscheidung über die Notwendigkeit und Geeignetheit der Hilfe um das Ergebnis eines kooperativen pädagogischen Entscheidungsprozesses unter Mitwirkung des Kindes bzw. des Jugendlichen und mehrerer Fachkräfte handelt, welches nicht den Anspruch objektiver Richtigkeit erhebt, jedoch eine angemessene Lösung zur Bewältigung der festgestellten Belastungssituation enthält, die fachlich vertretbar und nachvollziehbar sein muß; die*

¹¹²⁷ Trenczek, JAmt 2015, 190.

¹¹²⁸ Etwa BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24.98, BVerwGE 109, 155, 167; Urteil vom 18. Oktober 2012 – 5 C 21/11, JAmt 2013, 98, 101; Urteil vom 09. Dezember 2014 – 5 C 32/13, JAmt 2015, 217, 220 f.; VGH BY, Beschluss vom 13. April 2015 – 12 ZB 13.388, juris Rz. 27; Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 33; Kunkel/Kepert in LPK-SGB VIII 2016 § 36 Rz. 13; offenbar Siefert in Jung SGB VIII 2008 § 27 Rz. 14.

*verwaltungsgerichtliche Überprüfung hat sich dabei darauf zu beschränken, ob allgemeingültige fachliche Maßstäbe beachtet worden sind, ob keine sachfremden Erwägungen eingeflossen sind und die Leistungsadressaten in umfassender Weise beteiligt worden sind.*¹¹²⁹ Demgegenüber wird für eine umfassende gerichtliche Überprüfbarkeit der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe vor allem damit argumentiert, das Verfahren in § 36 SGB VIII, das gerade den Einfluss der Leistungsberechtigten auf die Hilfe steigern solle, könne nicht im Falle einer notwendigen gerichtlichen Entscheidung dazu führen, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten vermindert und die Betroffenen somit schlechter gestellt würden als im üblichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren.¹¹³⁰

8.1.1 Die Entwicklung der Rechtsprechung zu Beurteilungsspielräumen und richterlichen Kontrollkompetenzen

Die Frage nach eventuell bestehenden behördlichen Freiräumen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 27 Abs. 1 SGB VIII ist auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zur gerichtlichen Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe zu betrachten.

8.1.1.1 Grundsätzliche Überprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe

Die gerichtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung ist grundsätzlich eine Vollkontrolle. Dies gilt auch dann, wenn der Streitgegenstand des Verfahrens ein außerrechtliches Fachgebiet betrifft. Hier ist der Einsatz von Sachverständigen geeignet, die fehlende Sachkunde des Gerichts zu ersetzen.¹¹³¹ Grundsätzlich ist dies auch dann der Fall, wenn es in dem jeweiligen Rechtsstreit um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geht.¹¹³² Unbestimmte Rechtsbegriffe sind auf eine strikte rechtliche Bindung der Verwaltung ausgerichtet,¹¹³³ Auch bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe legt das Gesetz die Tatbestandsvoraussetzungen bzw. Rechtsfolgen abschließend fest und fixiert damit normativ ein „richtiges“ Ergebnis, das die Verwaltungsbehörde bei Anwendung des Gesetzes bezogen

¹¹²⁹ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24/98, BVerwGE 109, 155, 167.

¹¹³⁰ *Tammen/Trenczek* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 57; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 71; *Münder/Trenczek* 2015, 97; *Trenczek*, JAmt 2015, 190, 193.

¹¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 27. November 1990 – 1 BvR 402/87, NJW 1991, 1471, 1474; *Ollmann*, ZfJ 1995, 45, 46.

¹¹³² *Mrozynski* in *Mrozynski* SGB I 2014 § 39 Rz. 12.

¹¹³³ So etwa BVerfG, Urteil vom 20. Februar 2001 – 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142, 156; BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2007 – 3 C 8/06, NJW 2007, 2790, 2792.

auf den Einzelfall zu ermitteln hat.¹¹³⁴ Ein Spielraum für eigene Entscheidungen fehlt ihr grundsätzlich. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Exekutive ist somit im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens grundsätzlich vollständig überprüfbar.¹¹³⁵ Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 19 Abs. 4 GG, wonach jedem, der durch die öffentliche Gewalt verletzt wird, der Rechtsweg offen steht. Dieses Grundrecht garantiert dem Bürger *effektiven* gerichtlichen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die Exekutive, d.h. eine tatsächlich wirksame, möglichst lückenlose Kontrolle durch die Gerichte.¹¹³⁶ Der Rechtsschutz muss „zu einer wirk-samen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch ein mit zureichender Entscheidungsmacht ausgestattetes Gericht führen“.¹¹³⁷ Das schließt eine Bindung der Rechtsprechung an Feststellungen und Wertungen seitens der Exekutive hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, im Grundsatz aus.¹¹³⁸ Damit gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich die volle Überprüfung der behaupteten Rechtsverletzung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch das Gericht.¹¹³⁹ Behördliche Spielräume auf der Tatbestandsseite der Norm schränken diese Überprüfung ein. Damit können sie die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einengen und aushöhlen.¹¹⁴⁰

8.1.1.2 Einschränkungen der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis

In Ausnahmefällen werden jedoch behördliche Spielräume anerkannt, innerhalb derer die Verwaltung eine gerichtlich inhaltlich nicht überprüfbare und damit letztverbindliche Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder eine Abwägung im Zusammenhang mit unbestimmten Rechtsbegriffen vornehmen kann. Eine solche abschlie-

¹¹³⁴ BVerwG, Urteil vom 28. Mai 1965 – VII C 125.63, BVerwGE 21, 184, 186; Beschluss vom 13. Februar 1970 – VII C 75.66, 35, 69, 73; Urteil vom 22. August 1985 – 3 C 49/84, BVerwGE 72, 73, 77; *Tammen* in Berlitz/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 25; a.A.: *Redeker* NVwZ 1992, 305; *Sendler* DVBl 1994, 1089 mit dem Argument, im Wege der verwaltungsgerichtlichen Vollkontrolle erfolge eine durchgreifende Rechtsgestaltung durch das Verwaltungsgericht, die mit dem Gewaltenteilungsprinzip nicht vereinbar sei.

¹¹³⁵ Ständige Rechtsprechung des BVerfG seit 16. Oktober 1957 – 1 BvL 13/56, 1 BvL 46/56, BVerfGE 7, 129 ff.; *Tammen* in Berlitz/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 25; *Trenczek*, JAmt 2015, 190, 191.

¹¹³⁶ So etwa BVerfG, Beschluss vom 12. November 1958 – 2 BvL 4/56 u.a., BVerfGE 8, 274, 326; Beschluss vom 29. Oktober 1975 – 2 BvR 630/73, BVerfGE 40, 272; Beschluss vom 02. Mai 1984 – 2 BvR 1413/83, BVerfGE 67, 43, 58; Beschluss vom 05. Dezember 2001 – 2 BvR 527/99, 2 BvR 1337/00, 2 BvR 1777/00, BVerfGE 104, 220, 231; Urteil vom 18. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 273, 310.

¹¹³⁷ BVerfG, Beschluss vom 02. Mai 1984 – 2 BvR 1413/83, BVerfGE 67, 43, 58.

¹¹³⁸ BVerfG, Beschluss vom 08. Dezember 2011 – 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694, 695.

¹¹³⁹ BVerfG, Beschluss vom 28. Januar 1970 – 2 BvR 319/62, BVerfGE 28, 10, 15 f.; Beschluss vom 28. Juni 1983 – 2 BvR 539/80, 2 BvR 612/80, BVerfGE 64, 261, 279; Beschluss vom 31. Mai 1988 – 1 BvR 520/83, BVerfGE 78, 214, 226; Beschluss vom 17. April 1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34, 49.

¹¹⁴⁰ *Tammen* in Berlitz/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 25.

ßende Entscheidung trifft eine Behörde, wenn ihr ein Beurteilungsspielraum, eine Einschätzungsprärogative oder ein Entscheidungsvorrang zusteht.¹¹⁴¹ Durch die Einräumung derartiger Spielräume kann der Gesetzgeber eine reduzierte Kontrolldichte von Verwaltungsentscheidungen vorsehen.¹¹⁴²

Derartige abschließende behördliche Entscheidungskompetenzen können im Hinblick auf das Recht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG nur in sehr engen Grenzen bestehen.¹¹⁴³ Voraussetzung dafür ist, dass der Gesetzgeber entweder durch eine entsprechende Formulierung im Gesetz oder nach dem Zusammenhang und offensichtlichem Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung die Beurteilung im Einzelfall durch die Verwaltung zulässt.¹¹⁴⁴ Entscheidend ist bei dieser Frage der jeweilige materiell-rechtliche Regelungszusammenhang.¹¹⁴⁵

Die Fallgruppen, in denen derartige Spielräume der Verwaltung von Rechtsprechung und Literatur anerkannt werden bzw. wurden, sind:

- Prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen,¹¹⁴⁶
- beamtenrechtliche Eignungs- und Auswahlentscheidungen,¹¹⁴⁷
- Prognoseentscheidungen,¹¹⁴⁸ insbesondere im Wirtschafts- und Persönlichkeitsbereich sowie auf dem Gebiet von Wissenschaft und Technik¹¹⁴⁹
- und wertende Entscheidungen weisungsfreier sachverständig bzw. repräsentativ besetzter Gremien,¹¹⁵⁰ dabei insbesondere Indizierungsentscheidungen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften,¹¹⁵¹ aber z. B. auch des

¹¹⁴¹ *Tammen* in Berlit/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 26.

¹¹⁴² BVerfG, Beschluss vom 08. Juli 1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82.

¹¹⁴³ BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 1992 – 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 669; *Mrozynski* in *Mrozynski SGB I* 2014 § 39 Rz. 25; *Tammen* in Berlit/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 27; *Trenczek*, JAmt 2015, 190, 193.

¹¹⁴⁴ *Trenczek*, JAmt 2015, 190, 191.

¹¹⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435, 437.

¹¹⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 24. April 1959 – VII C 104.58, BVerwGE 8, 272; Urteil vom 14. Juli 1961 – VII C 25.61, BVerwGE 12, 359, 363; Urteil vom 07. Mai 1971 – VII C 51.70, BVerwGE 38, 105, 110 f.; Urteil vom 20. September 1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143, 149.

¹¹⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 26. Juni 1980 – 2 C 8/78, BVerwGE 60, 245; Urteil vom 27. November 1980 – 2 C 38/79, BVerwGE 61, 176, 185 f.; Urteil vom 22. September 1988 – 2 C 35/86, BVerwGE 80, 224, 225 ff.

¹¹⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 27. November 1981 – 7 C 57/79, NJW 1982, 1168, 1169; Urteil vom 06. Dezember 1985 – 4 C 59/82, BVerwGE 72, 282; Urteil vom 24. August 1988 – 8 C 26/86, BVerwGE 80, 113.

¹¹⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65/82, BVerwGE 72, 300, 316 f.

¹¹⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1979 – 5 C 1/79, BVerwGE 59, 213, 215 ff.; Urteil vom 25. Juni 1981 – 3 C 35/80, BVerwGE 62, 331, 337 ff.; Urteil vom 16. Januar 1986 – 3 C 66/84, BVerwGE 72, 339, 347.

¹¹⁵¹ BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1971 – I C 31.68, BVerwGE 39, 197.

Sachverständigenausschusses für die Bewertung von Weizensorten nach dem Saatgutverkehrsgesetz¹¹⁵² und die Entscheidung des Börsenvorstands über die Zulassung als Börsenmakler¹¹⁵³.

Die Gemeinsamkeit dieser Ausnahmefälle liegt darin, dass jeweils Wertentscheidungen erforderlich sind, die durch das Gericht nicht nachvollzogen werden können. Dies kann sich aus der besonderen, nicht zu ersetzenden Konstellation der Entscheidungsfindung oder aus sonstigen Gründen ergeben.¹¹⁵⁴ In den ersten beiden Fallgruppen wurde bzw. wird ein behördlicher Spielraum mit der Einmaligkeit bzw. Unwiederholbarkeit einer Prüfungs- oder Entscheidungssituation begründet.¹¹⁵⁵ Das Gericht ist in diesen Fällen faktisch außerstande, den tatsächlichen Vorgang der Bewertung in Anwendung gesetzlicher Wertbegriffe selbst nachzuvollziehen.¹¹⁵⁶ Der persönliche Eindruck, den jemand z.B. während einer Prüfung oder an seinem Arbeitsplatz gemacht hat, ist nicht reproduzierbar und daher gerichtlich nicht überprüfbar.

Für Prognoseentscheidungen wird ein behördlicher Spielraum damit begründet, dass Prognosen stets ein unsicheres Element beinhalten. Ausgehend von denselben sachlichen Fakten sind unterschiedliche Prognoseentscheidungen möglich, die alle als richtig oder sinnvoll erscheinen mögen. Ob sie dies tatsächlich sind, wird sich erst später herausstellen. Wegen dieser Unsicherheit soll die abschließende Entscheidung bei der – fachlich näheren – Exekutive verbleiben.¹¹⁵⁷ Der Einräumung eines Beurteilungsspielraums in diesen Fällen liegt der Gedanke der „Gestaltungsaufgabe“ der öffentlichen Verwaltung zugrunde.¹¹⁵⁸

Der Spielraum der Bundesprüfstelle zur Indizierung jugendgefährdender Schriften und vergleichbarer Gremien schließlich wird auf die besondere Eignung und Fachkunde des jeweiligen Gremiums aufgrund seiner pluralistischen, gesetzlich festgelegten Zusammensetzung gestützt. Das Bundesverwaltungsgericht führt zur verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit einer Entscheidung der Bundesprüfstelle zur Indizierung jugendgefährdender Schriften aus, die gesetzliche Regelung über die Zusammensetzung des Gremiums lasse erkennen, dass „die Zusammensetzung des

¹¹⁵² BVerwG, Urteil vom 25. Juni 1981 – 3 C 35/80, BVerwGE 62, 331; Urteil vom 16. Januar 1986 – 3 C 66/84, BVerwGE 72, 339, 347.

¹¹⁵³ BVerwG, Urteil vom 07. November 1985 – 5 C 29/82, BVerwGE 72, 195.

¹¹⁵⁴ Tamm in Berlit/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 28.

¹¹⁵⁵ Tamm in Berlit/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 28.

¹¹⁵⁶ Bullinger, JZ 1984, 1001, 1004.

¹¹⁵⁷ Tamm in Berlit/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 28.

¹¹⁵⁸ Bullinger, JZ 1984, 1001, 1004.

*Spruchgremiums vermutete Fachkenntnisse und Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz verbindet ... [und] ... bei der Entscheidung über die Aufnahme einer Schrift in die Liste die verschiedenen Gruppen unserer pluralistischen Gesellschaft wirksam werden“.*¹¹⁵⁹ Da der Gesetzgeber also eine Entscheidung gerade durch die gesetzlich festgelegten Repräsentanten der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen wünscht, wäre es unzulässig, dies zu unterlaufen, indem vor Gericht die Wertung eines Sachverständigen an die Stelle der gewünschten pluralistischen Entscheidung gesetzt würde.

In den genannten Fallgruppen erfolgte die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der Exekutive über lange Zeit nur sehr eingeschränkt. Überprüft wurde von den Gerichten lediglich, ob die Verwaltung von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen war, ob sie Rechtsvorschriften – dabei insbesondere Verfahrensvorschriften – verletzt hatte, ob sie allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe missachtet oder in sonstiger Weise willkürlich gehandelt hatte, oder ob sie sich von sachfremden Erwägungen hatte leiten lassen.¹¹⁶⁰

Seit Ende der 1980er Jahren hat die Rechtsprechung die Annahme von Beurteilungsspielräumen in nahezu allen genannten Fallgruppen jedoch deutlich eingeschränkt.¹¹⁶¹

So verlangt das Bundesverfassungsgericht auf dem Gebiet des Prüfungsrechts seit 1991 die gerichtliche Vollkontrolle aller fachlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling.¹¹⁶² Aus dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG folge grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtene Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend zu überprüfen. Sofern unbestimmte Rechtsbegriffe so vage und ihre Konkretisierung so schwierig sei, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stoße, könne der rechtsanwendenden Behörde ohne Verletzung rechtstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein. Dieser Spielraum beschränke sich aber auf rein prüfungsspezifische Wertungen, wie etwa die Bewertung der Durchschnittlichkeit einer Leistung aufgrund persönlicher Erfahrungen des Prüfers, nicht dagegen auf fachliche Fragen, die Gegenstand der Prüfung sind. Hier sei –

¹¹⁵⁹ BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1971 – I C 31.68, BVerwGE 39, 197, 204.

¹¹⁶⁰ Tammen in Berlitz/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 29; Trenczek, JAmt 2015, 190, 191.

¹¹⁶¹ Tammen in Berlitz/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 30; Niehues, NJW 1997, 557 ff.

¹¹⁶² BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34.

gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen – gerichtlich festzustellen, ob vom Prüfer als falsch bezeichnete Lösungen richtig oder zumindest vertretbar seien.¹¹⁶³

Für Prognoseentscheidungen von Wissenschaft und Technik hat die ursprünglich vom Bundesverwaltungsgericht vertretene These, dass der Exekutive die Wertung wissenschaftlicher Streitfragen einschließlich der darauf folgenden Risikoabschätzung zur letztverbindlichen Entscheidung übertragen sei,¹¹⁶⁴ eine deutliche Einschränkung erfahren: Das Bundesverwaltungsgericht lehnt für eine Entscheidung nach dem Pflanzenschutzgesetz über die wissenschaftliche Unvertretbarkeit der Auswirkungen von Herbiziden einen derartigen Beurteilungsspielraum ab.¹¹⁶⁵

Für die Indizierungsentscheidungen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften wurde von der Rechtsprechung bis 1990 ein Beurteilungsspielraum der Prüfstelle auf der Tatbestandsseite der Norm bejaht. Sollte er sich zunächst nur auf die Frage beziehen, ob eine Schrift jugendgefährdend sei,¹¹⁶⁶ so dehnte ihn das Bundesverwaltungsgericht später noch auf die Frage aus, ob das in Rede stehende Werk Kunst sei.¹¹⁶⁷ Die Einräumung von Spielräumen der Verwaltung hat jedoch auch in hier eine deutliche Einschränkung erfahren. Ausgangspunkt war der sog. „Mutzenbacher-Beschluss“¹¹⁶⁸ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1990.¹¹⁶⁹ Das Bundesverfassungsgericht führt darin aus, es sei unzulässig, der Bundesprüfstelle einen Spielraum bei der Frage einzuräumen, ob die Indizierung einer Schrift mit der Kunstfreiheit vereinbar sei. Dies sei mit dem aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Gebot nicht zu vereinbaren, die widerstreitenden Güter von Verfassungsrang zur Abwägung zu bringen.¹¹⁷⁰ Dabei lässt es die Frage ausdrücklich offen, ob der Prüfstelle überhaupt noch ein Beurteilungsspielraum verbleiben kann. Auf dieser Grundlage änderte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass ein Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle hinsichtlich der Fragen, ob ein zu beurteilendes Werk Kunst ist und ob es jugendgefährdend ist, nicht mehr angenommen wird. Die begriffliche Bedeutung und Auslegung der kollidierenden Verfassungswerte der Kunstfreiheit und des Jugendschutzes fallen nicht mehr in den Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle. Ihrer diesbezüglichen Einschätzung

¹¹⁶³ BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34, 49 ff.

¹¹⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65/82, BVerwGE 72, 300, 316.

¹¹⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 10. November 1988 – 3 C 19/87, BVerwGE 81, 12, 17.

¹¹⁶⁶ BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1971 – I C 31.68, BVerwGE 39, 197 ff.

¹¹⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 03. März 1987 – 1 C 16/86, BVerwGE 77, 75.

¹¹⁶⁸ Im Streit stand die Aufnahme des Romans „*Josefine Mutzenbacher – Die Lebensgeschichte einer wienerischen Dirne, von ihr selbst erzählt*“ in die Liste jugendgefährdender Schriften.

¹¹⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 27. November 1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 ff.

¹¹⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 27. November 1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130, 148.

wird nur noch der Gehalt einer sachverständigen Äußerung beigemessen, die durch weitere Sachverständigengutachten im Gerichtsverfahren wirksam infrage gestellt werden kann.¹¹⁷¹ Anders beurteilt das Gericht den Vorgang der eigentlichen Abwägung zwischen den beiden Rechtsgütern Kunstfreiheit und Jugendschutz. Das Bundesverwaltungsgericht räumt der Bundesprüfstelle aufgrund der pluralistischen Zusammensetzung einen *Entscheidungsvorrang* bei der Abwägung ein, ob dem Kunstcharakter oder der Jugendgefährdung des Werks das größere Gewicht beizumessen sei.¹¹⁷² Das Verwaltungsgericht hat hier nur zu kontrollieren, ob die gesetzlichen Vorgaben eingehalten wurden.

Hiermit hat nicht nur ein terminologischer Wechsel stattgefunden, indem sich die Begrifflichkeit des „*Beurteilungsspielraums*“ hin zum „*Entscheidungsvorrang*“ gewandelt hat. Die Rechtsprechung hat vielmehr eine Entscheidung zugunsten einer höheren gerichtlichen Kontrolldichte getroffen.¹¹⁷³ Die Auslegung der einzelnen unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Bundesprüfstelle unterliegt nun der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Erst bei der Abwägung bleibt es bei einer letztverbindlichen Entscheidungskompetenz der Verwaltung.

Zu der Fallgruppe von Entscheidungen eines Gremiums mit bestimmter pluralistischer Zusammensetzung zählen im Sozialrecht die Entscheidungen der Schiedsstellen nach § 78g SGB VIII, § 76 SGB XI und § 80 SGB XII. Die Schiedsstellen entscheiden jeweils im Streitfall über Vereinbarungen zwischen dem öffentlichen Träger und dem Träger einer Einrichtung, der im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis¹¹⁷⁴ als Leistungserbringer auftritt. Sie sind paritätisch aus Vertretern der Träger der Einrichtungen und Vertretern der öffentlichen Träger zusammengesetzt und haben einen unparteiischen Vorsitz. Nach § 76 Abs. 2 SGB XI gehören der Schiedsstelle für das Pflegeversicherungsrecht auch zwei weitere unparteiische Mitglieder, ein Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. sowie der überörtlichen oder, sofern Landesrecht dies bestimmt, ein örtlicher Träger der Sozialhilfe im Land an. Die jeweiligen Landesverordnungen regeln im Einzelnen, wie die Mitglieder bestellt bzw. das vorsitzende Mitglied gewählt oder bestimmt wird.¹¹⁷⁵

¹¹⁷¹ BVerwG, Urteil vom 26. November 1992 – 7 C 20/92, BVerwGE 91, 211.

¹¹⁷² BVerwG, Urteil vom 26. November 1992 – 7 C 20/92, BVerwGE 91, 211, 216 f.

¹¹⁷³ Tamm in Berlit/Conradis/Sartorius 2013 Kap. 13 Rz. 30.

¹¹⁷⁴ Dazu 3.3.1.3.

¹¹⁷⁵ Ausführlich Becker, SGB 2003, 664 ff., 712 ff.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts steht der Schiedsstelle im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe – insbesondere der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit der Einrichtung sowie dem Begriff des leistungsgerechten Entgelts – eine Einschätzungsprärogative zu.¹¹⁷⁶ Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, trotz der Konzeption der Schiedsstelle durch den Gesetzgeber als Konfliktlösung nach dem „Vereinbarungsprinzip“ innerhalb der Rechtssphäre der Vertragsparteien handele es sich bei der Schiedsstellenentscheidung um einen Verwaltungsakt mit der Wirkung einer vertraglichen Vereinbarung, gegen den aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung nicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle verzichtet werden könne. Bei der Definition und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe müsse eine gerichtliche Überprüfung jedoch dem Wesen der Schiedsstellenentscheidung als Schlichtungsmaßnahme eines weisungsfreien, mit Vertretern der Interessen der betroffenen Gruppen besetzten Gremiums gerecht werden. Mit der Besetzung bringe das Gesetz zum Ausdruck, dass es die Mitglieder der Schiedsstelle als mit der zu regelnden Materie vertraute und zu einer vermittelnden Zusammenführung von Interessen der Beteiligten berufene Personen für geeignet halte, eine sach- und interessengerechte Lösung zu finden. Diese vom Gesetz gerade ihnen zugetraute Kompetenz gebiete es, die gerichtliche Überprüfung auf die der Schiedsstelle gesetzten Vorgaben zu beschränken und für ihre Bewertungen und Beurteilungen im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe einen Spielraum in Form einer Einschätzungsprärogative zu belassen.¹¹⁷⁷ Das Gericht habe sich bei der Überprüfung der dem Schiedsspruch zugrunde liegenden Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange darauf zu beschränken, festzustellen, ob die Schiedsstelle die widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien ermittelt, alle für die Abwägung erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen und die Abwägung frei von Einseitigkeit in einem den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden, fairen und willkürfreien Verfahren, orientiert an den materiell-rechtlichen Vorgaben des Entgeltvereinbarungsrechts vorgenommen habe. Die Definition und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit sei nach dem Willen des Gesetzgebers Hauptaufgabe der Schiedsstelle. Die gerichtliche Nachprüfung habe

¹¹⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 01. Dezember 1998 – 5 C 17/97, NDV-RD 1999, 34; Beschluss vom 28. Februar 2002 – 5 C 25/01, NVwZ-RR 2003, 41, 42 zur damaligen Regelung des § 93 Abs. 2 BSHG; BSG, Urteil vom 07. Oktober 2015 – B 8 SO 21/14 R, juris Rz. 12 zu §§ 75 ff. SGB XII; Urteil vom 14. Dezember 2000 – B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199, 202; Urteil vom 29. Januar 2009 – B 3 P 7/08 R, NZS 2010, 35, 44 zu § 85 SGB XI; zum gerichtlichen Prüfungsumfang *Gottlieb*, Sozialrecht aktuell 2012, 155 f.

¹¹⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 01. Dezember 1998 – 5 C 17/97, NDV-RD 1999, 34, 35 f.

sich daher darauf zu beschränken, ob die Bewertungen der Schiedsstelle dem Sinngehalt der unbestimmten Rechtsbegriffe gerecht werden und in Anbetracht des von der Schiedsstelle in vollem Umfang ermittelten Sachverhalts vertretbar seien.¹¹⁷⁸ Bei der konkreten Beurteilung der Vergleichbarkeit der dem Pflegesatzangebot zugrunde liegenden Leistungen komme die Einschätzungsprärogative der Schiedsstelle zum Tragen.¹¹⁷⁹

Das Bundesverwaltungsgericht schränkt somit für Schiedsstellenentscheidungen in der Sozialhilfe die gerichtliche Überprüfung stark ein. Überprüft werden können im Wesentlichen das der Entscheidung zugrunde liegende Verfahren und die Vertretbarkeit der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe. Zur Begründung der Einräumung weitreichender Entscheidungsspielräume der Schiedsstelle führt das Bundesverwaltungsgericht jedoch ausdrücklich an, dass es hier um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch eine in erster Linie zur Schlichtung, nicht aber zu bloßer Rechtsanwendung berufenen Schiedsstelle geht.¹¹⁸⁰

Dieser Herangehensweise folgt die – bislang noch spärliche – Rechtsprechung zur Schiedsstelle nach § 78g SGB VIII. So heißt es in einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Arnsberg: *„Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist der Schiedsstelle für ihre Bewertungen und Beurteilungen im Rahmen dieser unbestimmten Rechtsbegriffe eine Einschätzungsprärogative zu belassen. Das Verwaltungsgericht hat sich darauf zu beschränken festzustellen, ob die Schiedsstelle die widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien ermittelt, alle für die Abwägung erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen und die Abwägung frei von Einseitigkeit in einem fairen und willkürfreien Verfahren vorgenommen hat. Soweit es um die Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, der Sparsamkeit und der Leistungsfähigkeit geht, hat sich die gerichtliche Kontrolle gemäß dem Willen des Gesetzgebers, die Definition und Ausfüllung dieser Begriffe als Hauptaufgabe den Schiedsstellen selbst zu überlassen, auf die Nachprüfung zu beschränken, ob die Bewertung der Schiedsstelle dem Sinngehalt dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe gerecht wird.“*¹¹⁸¹ Ähnlich heißt es in einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Greifswald: *„Der Schiedsstelle steht für die von ihr anzustellenden Bewertungen und Beurteilungen im Rahmen der dieser [!] Entscheidung bestimmenden unbestimmten Rechtsbegriffe, also insbesondere im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leis-*

¹¹⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 01. Dezember 1998 – 5 C 17/97, NDV-RD 1999, 34, 36.

¹¹⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 01. Dezember 1998 – 5 C 17/97, NDV-RD 1999, 34, 36.

¹¹⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 01. Dezember 1998 – 5 C 17/97, NDV-RD 1999, 34, 36.

¹¹⁸¹ VG Arnsberg, Urteil vom 08. Dezember 2009 – 11 K 3688/08, juris Rz. 27.

*tungsfähigkeit (vgl. § 78b Abs. 2 Satz 1 SGB VIII) eine Einschätzungsprärogative zu, die es gebietet, die gerichtliche Überprüfung darauf zu beschränken, ob die Schiedsstelle die ihr gesetzten rechtlichen Vorgaben beachtet, den Sachverhalt vollständig ermittelt hat und in einem fairen und willkürfreien Verfahren zu vertretbaren Bewertungen gelangt ist.*¹¹⁸²

Demgegenüber lehnt das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „sparsamen Wirtschaftsführung“ im Rahmen der Krankenhausfinanzierung eine Einschätzungsprärogative der jeweils zuständigen Landesbehörden ab.¹¹⁸³ Gerade die spezielle Schlichtungsfunktion der Schiedsstelle ist also Grundlage der deutlich verringerten verwaltungsgerichtlichen Kontroll-dichte.¹¹⁸⁴

8.1.2 Ansatzpunkte für die Annahme von Beurteilungs- oder sonstigen Spielräumen der Verwaltung im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII

Die Regelung des § 27 Abs. 1 SGB VIII lässt sich insgesamt unter keine der oben dargestellten Fallgruppen eindeutig einordnen, in denen Spielräume der Verwaltung anerkannt sind. Bei der Entscheidung über die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 27 Abs. 1 SGB VIII im Einzelfall kommt eine Anerkennung von Beurteilungsspielräumen bzw. eines Entscheidungsvorrangs des Jugendamts jedoch unter Berücksichtigung der genannten Fallgruppen unter verschiedenen Aspekten in Betracht. Zunächst könnte es sich bei den Entscheidungen des Jugendamts über Hilfe zur Erziehung um Beurteilungsfälle handeln, die auf persönlicher Einschätzung beruhen. Außerdem könnte aufgrund des in § 36 SGB VIII geregelten Verfahrens zur Ermittlung der konkreten Hilfe die Fallgruppe der Entscheidung eines Gremiums mit bestimmter, gesetzlich festgelegter Besetzung vorliegen. Schließlich kommt ein Entscheidungsvorrang des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe auch unter dem Aspekt in Betracht, dass es sich bei der Einschätzung der zukünftigen Entwicklung der Problemlage bzw. der Wirkung einer möglichen Hilfe um eine Prognoseentscheidung handelt.

Bei der Auslegung eines Gesetzes hinsichtlich der Frage, ob es der Verwaltung durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe die Ermächtigung zu einer

¹¹⁸² VG Greifswald, Beschluss vom 27. September 2011 – 2 B 857/11, juris Rz. 31.

¹¹⁸³ BVerwG, Urteil vom 26. März 1981 – 3 C 134/79, BVerwGE 62, 86; BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1984 – 3 C 45/81; NJW 1984, 2648, 2649.

¹¹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 01. Dezember 1998 – 5 C 17/97, NDV-RD 1999, 34, 36; kritisch zur eingeschränkten Kontroll-dichte bei Entscheidungen von Schiedsstellen im Sozialrecht von Laffert 2006, 129 ff.

abschließenden Entscheidung einräumt,¹¹⁸⁵ oder ob es die behördliche Entscheidung der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit unterstellt, ist auf mehrere Aspekte abzustellen: Zunächst ist der spezielle Zweck des Gesetzes von Bedeutung, der es möglich machen kann, der handelnden Verwaltung ein erhebliches Maß an Gestaltungsfreiraum zu lassen. Zudem kommt es auf die besondere Schutzwürdigkeit der betroffenen Grundrechte an, deren Schutz die erhöhte Flexibilität der Verwaltung erfordern kann. Entscheidend ist auch, ob Rang, fachliche Qualifikation und das durchgeführte Verfahren der Behörde eine sachgemäße Konkretisierung des Gesetzes zu erwarten lassen. Außerdem kommt es darauf an, ob eine vollständige Überprüfung der behördlichen Entscheidung die Erfüllung des Gesetzeszwecks infrage stellen würde.¹¹⁸⁶

8.1.2.1 Beurteilungsfälle, die auf persönlicher Einschätzung beruhen

Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 27 Abs. 1 SGB VIII und dabei insbesondere bei der Frage, was das Wohl des Kindes ist und ob eine dem Wohl entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist, ließe sich eine eingeschränkte richterliche Kontrolldichte möglicherweise unter dem Aspekt der persönlichen Einschätzung durch die Fachkräfte des Jugendamts annehmen. Ein Entscheidungsfreiraum des Jugendamts könnte sich damit begründen lassen, dass die Mitarbeiter des Jugendamts durch ihre Nähe zu den Betroffenen persönliche Eindrücke bekommen, die – vergleichbar den Prüfungs- oder den Beamtenbeurteilungsfällen – nicht reproduzierbar und damit nicht gerichtlich überprüfbar sind. Auch hier kann die Einschätzung einer Situation und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten durch die Kontakte zu den Betroffenen über längere Zeit oder durch höchstpersönliche Eindrücke in speziellen Konstellationen geprägt sein, die nicht reproduzierbar sind. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass es überwiegend Mitarbeiter freier Träger sind, die durch die unmittelbare Arbeit mit den Familien persönliche Eindrücke von den Betroffenen gewinnen, und nicht das Jugendamt, um dessen Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprärogative es hier geht. Dies entspricht der Realität der Jugendhilfe: Träger der freien Jugendhilfe erbringen in vielen Tätigkeitsfeldern den überwiegenden Teil der Leistungen, fast zwei Drittel aller in der Jugendhilfe tätigen Personen sind bei ihnen beschäftigt.¹¹⁸⁷ In den Fällen, in denen die Betroffenen bereits Jugendhilfeleis-

¹¹⁸⁵ Bullinger, JZ 1984, 1001, 1006 spricht in diesem Zusammenhang von der Ermächtigung „zu schöpferischem Ausformen einer gesetzlichen Leitentscheidung“.

¹¹⁸⁶ Bullinger, JZ 1984, 1001, 1006 f.

¹¹⁸⁷ Münder in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 2.4 Rz. 16.

tungen durch Träger der freien Jugendhilfe erhalten haben, werden diese in der Regel mehr persönliche Eindrücke von den Betroffenen haben. Dies kann auch durch die Inanspruchnahme niedrigschwelliger Angebote durch Eltern oder Kinder und Jugendliche der Fall sein – etwa Elterncafés oder Freizeitangebote. Insofern erscheint ein Beurteilungsspielraum oder eine Einschätzungsprärogative des Jugendamts unter diesem Aspekt nicht als gerechtfertigt.

8.1.2.2 Entscheidung eines Gremiums mit bestimmter, gesetzlich festgelegter Besetzung

Als zweiter Ansatzpunkt für die Annahme eines Beurteilungsspielraums kommt angesichts des Verfahrens zur Entscheidung über die Hilfe zur Erziehung nach § 36 SGB VIII auch eine Heranziehung der Fallgruppe der Entscheidung eines sachverständigen, nach bestimmten gesetzlich vorgegebenen Kriterien besetzten Gremiums in Betracht.

In § 36 Abs. 2 SGB VIII hat der Gesetzgeber detailliert vorgegeben, welche Personen in welcher Weise an der Planung der konkret zu leistenden Hilfe in Form der Erstellung eines Hilfeplans zu beteiligen sind.¹¹⁸⁸ Die Verfahrensbestimmungen des § 36 SGB VIII sichern insbesondere durch die Mitwirkung der betroffenen jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten eine angemessene inhaltliche Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit den Voraussetzungen und der konkreten Form der Leistungserbringung.¹¹⁸⁹ Durch die zwingende Beteiligung mehrerer Fachkräfte, der Personensorgeberechtigten, des Kindes oder Jugendlichen sowie der Mitarbeiter sonstiger Personen, Dienste oder Einrichtungen, die bei der Durchführung der Hilfe tätig werden, will der Gesetzgeber zum einen fachliche Kompetenz gewährleisten. Zum anderen soll auch sichergestellt werden, dass alle im Rahmen der Hilfe zur Erziehung Beteiligten ihre Interessen im Verfahren wahrnehmen können. Er hat das Verfahren vor der Entscheidung über die Hilfe damit an ein Gremium mit ganz bestimmter Zusammensetzung gebunden. Diese Auswahl der zu beteiligenden Personen könnte der Regelung etwa der pluralistischen Besetzung der Bundesprüfstelle zur Indizierung jugendgefährdender Schriften vergleichbar sein mit der Folge, dass der gesetzgeberische Wille unterlaufen würde, wenn vor Gericht die Wertung eines Sachverständigen an die Stelle der Entscheidung des Gremiums gesetzt würde.

¹¹⁸⁸ Ausführlich 7.3.

¹¹⁸⁹ Ähnlich Schmid-Obkirchner in Münder/Wiesner/Meysen 2011 Kap. 3.8 Rz. 14.

In diese Richtung geht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die einen Beurteilungsspielraum des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bejaht. Das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet die Entscheidung über die Notwendigkeit und Geeignetheit der Jugendhilfe als das Ergebnis eines kooperativen pädagogischen Entscheidungsprozesses unter Mitwirkung des Kindes bzw. des Jugendlichen und mehrerer Fachkräfte, welches nicht den Anspruch objektiver Richtigkeit erhebt, jedoch eine angemessene Lösung zur Bewältigung der festgestellten Belastungssituation enthält, die fachlich vertretbar und nachvollziehbar sein muss. Die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit habe sich dabei darauf zu beschränken, ob allgemein gültige fachliche Maßstäbe beachtet worden seien, ob keine sachfremden Erwägungen eingeflossen seien und ob die Leistungsadressaten in umfassender Weise beteiligt worden seien.¹¹⁹⁰

Hiergegen spricht jedoch die Struktur des Hilfeplanverfahrens gemäß § 36 SGB VIII: Es ist nur Teil des Verwaltungsverfahrens, das zur Entscheidungsfindung des öffentlichen Jugendhilfeträgers führt. Die fehlende Mitwirkung der Beteiligten nach § 36 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Satz 2 SGB VIII sowie nach § 12 Abs. 1 SGB X führt allenfalls dazu, dass die Entscheidung verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist. Die Entscheidung selbst jedoch wird ausschließlich vom öffentlichen Jugendhilfeträger und nicht, wie etwa bei der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, vom gesamten „Gremium“ getroffen. § 36 Abs. 2 SGB VIII fordert lediglich, dass die Entscheidung über die im Einzelfall angezeigte Hilfeart, wenn die Hilfe voraussichtlich für längere Zeit zu leisten ist, im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte getroffen werden soll. Gemeint sind damit nur Fachkräfte des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe,¹¹⁹¹ nicht etwa auch solche mit der Leistungserbringung befasster sonstiger Träger. Diese sind nach § 36 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII lediglich am Verfahren zu beteiligen.

Der auf der Grundlage des § 36 SGB VIII erstellte Hilfeplan hat nach ganz herrschender Meinung nicht einmal eigenständigen Rechtscharakter. Erst mit dem eigentlichen Bescheid über die konkrete Leistungsgewährung bzw. die Kostenüber-

¹¹⁹⁰ So etwa BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24/98, BVerwGE 109, 155, 167; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. Juni 2016 – OVG 6 S 12.16, juris Rz. 5 für eine Leistung nach § 35a SGB VIII.

¹¹⁹¹ Meysen in Münder u.a. FK-SGB VIII 2013 § 36 Rz. 40.

nahme wird dem Leistungsberechtigten gegenüber eine verbindliche Regelung mit Außenwirkung erzielt. Im Bescheid selbst kann lediglich auf den Hilfeplan als sachliche Begründung verwiesen werden.

Zudem ist die Durchführung des in § 36 SGB VIII geregelten Verfahrens und der Aufstellung eines Hilfeplans nicht in jedem Fall vor der Entscheidung über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung notwendig.¹¹⁹² Die Entscheidung über die Gewährung von Hilfe nach § 27 Abs. 1 SGB VIII kann vielmehr in manchen Fällen auch ohne die Durchführung des Verfahrens nach § 36 in rechtmäßiger Weise erfolgen. Das Verfahren ist sowohl entbehrlich, wenn die Betroffenen ihre Beteiligung daran ablehnen als auch im Fall der Selbstbeschaffung bei Systemversagen.¹¹⁹³ Wäre die Beteiligung der in § 36 SGB VIII genannten Personen von so unverzichtbarer Bedeutung für die Entscheidung über die Hilfe, dass der dort geregelte kommunikative Entscheidungsfindungsprozess nicht in einem Gerichtsverfahren durch Sachverständigengutachten etc. ersetzt werden könnte, müsste die Entscheidung über die Hilfegewährung in jedem Fall zwingend an die Durchführung des Verfahrens gebunden sein.

Insgesamt lässt sich somit das Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII nicht mit den Fällen vergleichen, in denen den Entscheidungen von Gremien mit einer bestimmten, gesetzlich festgelegten pluralistischen Zusammensetzung ein Beurteilungsspielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative zugebilligt wird. Eine Vergleichbarkeit mit der Entscheidung der Schiedsstelle gemäß § 80 SGB XII oder § 78g SGB VIII kommt von vornherein nicht in Betracht, da das kooperative Verfahren zur Rechtsfindung bei der Hilfe zur Erziehung nicht mit der Schlichtung widerstreitender Interessen durch ein mit Vertretern der jeweiligen Interessengruppen paritätisch besetztes Gremium vergleichbar ist.

Unter Hinweis auf die in § 36 SGB VIII vorgesehene Mitwirkung der Leistungsberechtigten wird vertreten, bei der Hilfe zur Erziehung müsse an die Stelle der Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Tatbestand, aus der sich zwingend eine bestimmte Rechtsfolge ergebe, ein Prozess der gemeinsamen Rechtsfindung von Leistungsberechtigten und Fachkräften treten. Um der Mitwirkung der Betroffenen möglichst brei-

¹¹⁹² BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1999 – 5 C 24/98, BVerwGE 109, 155; *Schmid-Obkirchner* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.8 Rz. 25.

¹¹⁹³ Vgl. 7.2.

ten Raum einräumen zu können, müsse den Fachkräften des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe ein Entscheidungsspielraum eingeräumt werden, innerhalb dessen er fachlich vertretbare und von den Betroffenen akzeptierte Entscheidungen treffen könne.¹¹⁹⁴

Der Ausgangspunkt der Argumentation trägt dem Wesen der individuellen Leistungen und dem partizipativ-interaktiven Verfahren im Rahmen der Hilfe zur Erziehung Rechnung, das die Annahme einer „objektiv“ geeigneten und damit eindeutig „richtigen“ Hilfe verbietet, die sich im Wege der Subsumtion ermitteln ließe. Die Konkretisierung des erzieherischen Bedarfs und damit die Bestimmung der erforderlichen und geeigneten Hilfe im Einzelfall ist „objektiv“ nicht möglich und deshalb auch einer gerichtlichen Entscheidung oder einer Begutachtung durch Sachverständige nur begrenzt zugänglich.¹¹⁹⁵

Die Beauftragung eines Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren setzt jedoch nicht notwendig voraus, dass dieser in der Lage ist, eine „richtigere“ Entscheidung als die der Verwaltung zu gewährleisten. Es kann ausreichend sein, dass er dem Gericht eine bessere Einschätzung voneinander abweichender Standpunkte ermöglicht.¹¹⁹⁶ Insofern ist eine gerichtliche Überprüfung einer Entscheidung des Jugendamts unter Heranziehung eines Sachverständigen nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil es keine objektiv „richtige“ Hilfe gibt.

Die Argumentation berücksichtigt zudem nicht, dass ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nur in den Fällen infrage kommt, in denen der Prozess der gemeinsamen Rechtsfindung gescheitert ist und von den Fachkräften des Jugendamts gerade keine Entscheidung getroffen worden ist, die von den Betroffenen akzeptiert und mitgetragen wird. Wenden sich nun die Leistungsberechtigten an das Verwaltungsgericht in dem Bestreben, eine derartige Hilfe entgegen den Vorstellungen des Jugendamts doch noch realisieren zu können, erscheint es als paradox, ihnen hier effektiven Rechtsschutz unter Hinweis auf die Bedeutung ihrer Mitwirkung in dem für sie gerade erfolglos durchgeführten Verfahren zu versagen.¹¹⁹⁷ Die umfassende Beteiligung der Betroffenen im Verfahren vor der Entscheidung über die Hilfe zur Erziehung hat den

¹¹⁹⁴ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 54 f.

¹¹⁹⁵ Trenczek, JAmt 2015, 190, 194.

¹¹⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 1992 – 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 670.

¹¹⁹⁷ Trenczek in Trenczek u.a. 2014, 144.

Zweck, ihnen eine möglichst starke Rechtsposition einzuräumen.¹¹⁹⁸ Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen des § 36 SGB VIII dieser Beteiligung eine hohe Bedeutung beigemessen mit dem Ziel, im Ergebnis zu einer Entscheidung zu kommen, die die Akzeptanz der Betroffenen findet und bei deren Umsetzung ihre Mitwirkung zu erwarten ist. Sind die Leistungsberechtigten mit der Entscheidung des Jugendamts über die Hilfe so unzufrieden, dass sie gerichtlich dagegen vorgehen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit der erforderlichen Akzeptanz und Mitwirkung der Betroffenen bei der Realisierung der Hilfe zu rechnen ist. Die einzige Möglichkeit, die von ihnen gewünschte oder jedenfalls akzeptierte Hilfe zu erlangen, wäre eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts auf der Grundlage einer umfassenden eigenständigen Prüfung der Voraussetzungen der Hilfe. Indem den Leistungsberechtigten diese verwaltungsgerichtliche Überprüfung versagt wird, geraten sie hinsichtlich ihrer Chancen auf Verwirklichung ihres (potenziellen) Rechtsanspruchs in nahezu vollständige Abhängigkeit vom Jugendamt. Nur wenn die Betroffenen in der Lage sind, ihm gegenüber in dem Verfahren nach § 36 SGB VIII ihre Interessen hinreichend deutlich zu machen und zu verfolgen, führt das Verfahren für sie zu einem Gewinn. Sofern die Betroffenen hierzu – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage sind, erhalten sie keine Chance, die Rechtslage von einer unabhängigen Instanz überprüfen zu lassen.¹¹⁹⁹ Damit sind sie schlechter gestellt als die Beteiligten „klassischer“ Verwaltungsverfahren, die der Beteiligung der Betroffenen bei der Rechtsfindung keine herausgehobene Bedeutung beimessen. Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass es nicht zuletzt vom Jugendamt selbst abhängt, inwieweit die Fachkräfte die Betroffenen in die Lage versetzen, ihre Sicht der Dinge einzubringen und selbstbewusst zu vertreten,¹²⁰⁰ erscheint dieses Ergebnis nicht als überzeugend. Auch wenn die beste Lösung für die Betroffenen in einer für alle Beteiligten akzeptablen Entscheidung auf der Grundlage des Verfahrens nach § 36 SGB VIII liegt, ist dies kein Widerspruch zu einer erneuten umfassende Überprüfung der Sach- und Rechtslage durch das Verwaltungsgericht als zweitbesten Lösung.¹²⁰¹

¹¹⁹⁸ Trenczek, JAmt 2015, 190, 193.

¹¹⁹⁹ Trenczek, JAmt 2015, 190, 194.

¹²⁰⁰ Vgl. 7.3.1.

¹²⁰¹ Ähnlich Trenczek, JAmt 2015, 190, 194: „Freilich können auch Sachverständige im gerichtlichen Verfahren den partizipatorischen Hilfeplanungsprozess nicht ersetzen, doch besteht dann zumindest die Möglichkeit einer (nicht in einer Blackbox, sondern) vor Gericht transparent stattfindenden, die Leistungsberechtigten einbeziehenden Diskussion über das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen.“

8.1.2.3 Prognoseentscheidung

Schließlich könnte sich eine abschließende Kompetenz der Verwaltung daraus ergeben, dass es sich bei der Frage, welche Hilfe für ein Kind oder einen Jugendlichen geeignet und notwendig ist, um eine Prognoseentscheidung handelt. Geeignet ist diejenige Hilfeart, die prognostisch die Einschätzung erlaubt, dass mit ihr am besten die jeweilige erzieherische Mangellage behoben werden kann. Die Entscheidung darüber, ob die Hilfe notwendig ist, setzt eine Prognose darüber voraus, ob der Personensorgeberechtigte auch ohne die konkret in Rede stehende Hilfe den bestehenden erzieherischen Bedarf decken kann und wird.

Unter diesem Aspekt hat der VGH Baden-Württemberg¹²⁰² im Rahmen der Hilfe für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII und damit in einer zur Hilfe zur Erziehung parallelen Fallkonstellation dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe einen Entscheidungsvorrang zugbilligt. Der VGH räumt dem Jugendamt im Rahmen der erforderlichen (sozial-)pädagogischen Wertungen und Zukunftsprognosen einen gerichtlich nicht voll überprüfbaren Beurteilungsspielraum und ein Bewertungsvorrecht gegenüber dem die Maßnahme durchführenden freien Träger ein. Das Gericht spricht für den öffentlichen Träger der Jugendhilfe von einer *„gerichtlich nicht voll überprüfbaren Einschätzungsprärogative, ... an welcher er seine Ermessensausübung ausrichten kann“* sowie von der Notwendigkeit, dass er *„die seiner Ermessensausübung vorausgehenden fachpädagogischen Einschätzungen unabhängig und frei vornehmen kann“*.¹²⁰³

Die Argumentation des Gerichts, weil die Behörde Ermessen habe, brauche sie auch einen Beurteilungsspielraum im Vorfeld, erscheint jedoch als überaus bedenklich. Tatbestand und Rechtsfolge sind unterschiedliche Bestandteile einer Norm.¹²⁰⁴ Die Freiheit der Behörde bei der Ermessensausübung ist ihr schon deshalb garantiert, weil ihr das Gesetz eben dieses Ermessen einräumt. Es bedarf dazu nicht noch eines Beurteilungsspielraums. Ganz im Gegenteil sollte gerade wenn die Exekutive schon einen großen Freiraum auf der Rechtsfolgenseite hat, besonders gründlich geprüft werden, ob zusätzlich auf der Tatbestandsebene überhaupt noch ein Beurteilungsspielraum vertretbar ist. Durch die Kombination der Spielräume bei Tatbestand und Rechtsfolge wird das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG auf eine minimale Restgröße reduziert. Damit zu argumentieren, weil auf

¹²⁰² VGH BW, Urteil vom 09. Dezember 1996 – 7 S 310/95, NDV-RD 1997, 133 ff.

¹²⁰³ VGH BW, Urteil vom 09. Dezember 1996 – 7 S 310/95, NDV-RD 1997, 133, 134.

¹²⁰⁴ Zur Einteilung des § 27 Abs. 1 SGB VIII in Tatbestand und Rechtsfolge vgl. Kapitel 2.

der einen Seite ein Freiraum bestehe, müsse dies zur Optimierung der Eigenständigkeit der Behörde auch auf der anderen Seite der Fall sein, erscheint unter diesem Aspekt als rechtsstaatlich bedenklich und verfehlt. Zudem lässt die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg eine Begründung dazu vermissen, weshalb ein Beurteilungsspielraum *und* ein Bewertungsvorrecht nötig sein sollen, was mit der Entwicklung der Rechtsprechung kaum in Einklang zu bringen ist.

Darüber hinaus dürfte es bei der Betreuung einer Person durch einen freien Träger, wie in dem zugrunde liegenden Fall, gerade so sein, dass dieser dem Geschehen am nächsten ist und sozialpädagogische Wertungen und Prognosen am besten durchführen kann. Das Jugendamt, dem der Beurteilungsspielraum hier eingeräumt wird, bezieht seine Erkenntnisse ebenso aus zweiter Hand wie dies das Gericht täte, dem die Überprüfung hier gerade versagt wird.

Zudem ist es fraglich, ob es sich bei den im Rahmen des § 27 Abs. 1 SGB VIII zu treffenden Prognosen um derart komplexe Einschätzungen handelt, dass deren Nachvollzug auf die Funktionsgrenzen der gerichtlichen Überprüfbarkeit stößt, wie es die Rechtsprechung für die Anerkennung eines Bewertungsvorrechts der Verwaltung bei Prognoseentscheidungen fordert.¹²⁰⁵ Für eine derartige Ausnahmekonstellation lassen sich keine Anhaltspunkte erkennen.¹²⁰⁶ Es handelt sich bei der Entscheidung über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung und der Auswahl der konkreten Hilfeform um eine komplexe fachliche Beurteilung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigt jedoch *allein* das Erfordernis derartiger komplexer fachlicher Beurteilungen gerade nicht die Einräumung eines Beurteilungsspielraums bzw. einer Einschätzungsprärogative.¹²⁰⁷ Traditionelles juristisches Denken stößt im Kontext unbestimmter Rechtsbegriffe mit psychosozialen Bezügen an seine Grenzen. Dies gilt jedoch nicht nur für die im Gericht verantwortliche juristische Profession, sondern auch für die Fachkräfte der Sozialen Arbeit, die im Jugendamt rechtsanwendend oder -verwirklichend tätig sind.¹²⁰⁸ Durch die Verminderung der gerichtlichen Kontrolldichte wird das prinzipiell bestehende Auslegungsproblem nicht gelöst, sondern nur auf eine andere staatliche Gewalt verlagert,¹²⁰⁹ sodass ein behördlicher Freiraum hier abzulehnen ist.

¹²⁰⁵ BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, BVerfGE 84, 34, 49; Beschluss vom 10. Dezember 2009 – 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435, 437 f.; so offenbar für die Auswahl der Hilfeart *Stähr* in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 25, 29.

¹²⁰⁶ *Trenczek* in *Trenczek u.a.* 2014, 144.

¹²⁰⁷ BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 1992 – 1 BvR 167/87, NVwZ 1993, 666, 670.

¹²⁰⁸ *Buchholz-Schuster*, ZKJ Sonderheft 2010, 17, 20.

¹²⁰⁹ *Mrozyński* in *Mrozyński SGB I* 2014 § 39 Rz. 12.

8.1.3 Folgen für § 27 Abs. 1 SGB VIII

Hinsichtlich des § 27 Abs. 1 SGB VIII bestehen zwar in Ansätzen Parallelen zu allen relevanten Fallgruppen, in denen der Exekutive von Rechtsprechung und Lehre Beurteilungsspielräume bzw. Einschätzungsprärogativen eingeräumt werden. Es liegen jedoch im Verhältnis zu der Konstellation jeder der Fallgruppen gravierende Abweichungen vor, sodass die Anerkennung einer letztverbindlichen Entscheidungskompetenz des öffentlichen Jugendhilfeträgers – sei es in Form eines Beurteilungsspielraums oder einer Einschätzungsprärogative – bei der Abwägung zwischen verschiedenen Hilfeformen im Ergebnis abzulehnen ist.¹²¹⁰ Dieses Ergebnis wird gestützt durch die deutliche Tendenz der Rechtsprechung und Lehre der letzten Jahre, Beurteilungs- und sonstige Spielräume der Verwaltung mehr und mehr einzuschränken.

8.2 Besteht auf der Rechtsfolgenseite Ermessen der öffentlichen Träger der Jugendhilfe?

Ebenso wie auf der Tatbestandsseite stellt sich auch auf der Rechtsfolgenseite die Frage nach der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Entscheidung des Jugendamts über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung. Während es auf der Tatbestandsseite um die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe ging, ist hier fraglich, ob das Jugendamt bei der Entscheidung über die Gewährung von Hilfe zur Erziehung Ermessen hat.¹²¹¹ Eine Ermessensnorm gibt der Exekutive die Befugnis, zwischen mehreren Rechtsfolgen auszuwählen, wobei – sofern die Vorgaben von § 39 SGB I eingehalten werden – jede der Rechtsfolgen rechtmäßig ist.¹²¹² Das Ermessen kann sich auf die Frage beziehen, ob überhaupt gehandelt wird (Entschließungsermessen), oder in welcher Weise gehandelt wird (Auswahlermessen).¹²¹³

8.2.1 Entschließungsermessen

Ein Entschließungsermessen des Jugendamts, also ein Ermessen bezüglich der Frage, ob es überhaupt eine Hilfe zur Erziehung erbringt, ist angesichts des diesbezüglich klaren Wortlauts des § 27 Abs. 1 SGB VIII ausgeschlossen. Auch unabhän-

¹²¹⁰ *Tammen/Trenczek* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 57; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 71; *Münder/Trenczek* 2015, 97; *Kunkel*, *ZfJ* 1998, 205, 206; *Trenczek*, *JAMt* 2015, 190, 194.

¹²¹¹ Zur Schwierigkeit der Abgrenzung von Beurteilungsermächtigung und Ermessen *Mrozynski* in *Mrozynski SGB I* 2014 § 39 Rz. 13.

¹²¹² *Mrozynski* in *Mrozynski SGB I* 2014 § 39 Rz. 2.

¹²¹³ *Gutzler* in *BeckOK Sozialrecht* § 39 SGB I Rz. 1.

gig von der Frage nach der Einteilung des § 27 Abs. 1 SGB VIII in Tatbestand und Rechtsfolge¹²¹⁴ ist die Norm jedenfalls soweit eindeutig, dass ein Personensorgeberechtiger bei der Erziehung eines Kindes oder Jugendlichen *Anspruch* auf Hilfe zur Erziehung *hat*, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Es liegt also eine gebundene Entscheidung vor; die Behörde muss bei Vorliegen des Tatbestandes den Personensorgeberechtigten Hilfe zur Erziehung gewähren.

8.2.2 Auswahlermessen

Es wird allerdings vertreten, dass dem Jugendamt bei der Wahl der konkret zu gewährenden Hilfeart ein Auswahlermessen zukommt.¹²¹⁵ Parallel zur Argumentation der Position, die für die Überprüfung der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe eine eingeschränkte verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bejaht, wird auch hier zur Begründung auf den Prozesscharakter der Entscheidung und ihre Abhängigkeit von der gemeinsamen Einschätzung der Situation durch Fachkräfte und Adressaten verwiesen.¹²¹⁶ Zudem wird die Öffnungsklausel in § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII, wonach die Hilfe *insbesondere* nach den §§ 28 bis 35 SGB VIII gewährt wird, als Grundlage für gesetzlich eingeräumtes Ermessen herangezogen.¹²¹⁷

Gegen ein Ermessen spricht zunächst, dass der Wortlaut der Norm keine Kann-Formulierung enthält, mit der üblicherweise ausgedrückt wird, dass Ermessen besteht.¹²¹⁸ Auch andere zur Kennzeichnung von Ermessen oft verwendete Formulierungen wie „darf“, „ist befugt“ oder „ist berechtigt“¹²¹⁹ werden nicht verwendet. Eine derartige Formulierung ist allerdings zwar typisch, jedoch nicht in jedem Fall zwingend für die Annahme behördlichen Ermessens.

Da sich jedoch der Anspruch bereits auf Tatbestandsseite durch den erzieherischen Bedarf und die Eignung und Notwendigkeit der Hilfe konkretisiert, bleibt für Ermes-

¹²¹⁴ Vgl. Kapitel 2.

¹²¹⁵ So Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 63 f.; Happe/Saurbier in Jans u.a. § 27 Rz. 53; Schmid 2004, 17 ff.; Maas, NDV 1993, 465, 469; ders., RsDE 25, 1, 17; ders., RsDE 39, 6, 15; Mrozynski, ZfJ 1999, 467, 468; a.A. etwa Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 33; Lakies, NDV 1997, 217, 218.

¹²¹⁶ Schmid-Obkirchner in Wiesner SGB VIII 2015 § 27 Rz. 64; Maas, RsDE 25, 1, 17.

¹²¹⁷ Maas, RsDE 39, 6, 13.

¹²¹⁸ Mit dieser Argumentation gegen ein Auswahlermessen: Stähr in Hauck/Noftz SGB VIII § 27 Rz. 33; Lakies, NDV 1997, 217, 218.

¹²¹⁹ Mrozynski in Mrozynski SGB I 2014 § 39 Rz. 4.

sen auf der Rechtsfolgenseite kein Raum.¹²²⁰ Es besteht schon hinsichtlich der Leistungsvoraussetzungen eine Wechselbeziehung zwischen Problemlage und Jugendhilfeangebot, sodass die erforderlichen Abwägungen an dieser Stelle zu treffen sind und als Rechtsfolge die Verpflichtung des Jugendamts zur Gewährung eben dieser konkretisierten Hilfe besteht.¹²²¹ Diese ist nicht im Sinne einer „objektiv richtigen“ Hilfe quasi naturwissenschaftlich feststehend, sondern konkretisiert sich durch das partizipative Verfahren nach § 36 SGB VIII. Nur bei Zuordnung der Attribute der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe zur Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 SGB VIII ergäbe sich die Möglichkeit eines Auswahlermessens des öffentlichen Jugendhilfeträgers hinsichtlich der konkret zu leistenden Hilfe.¹²²²

Fraglich bleibt aber, ob die Entscheidung des Jugendamts über die Bestimmung der Hilfeart hinaus bis ins letzte Detail eine gebundene Entscheidung darstellt. Ein Auswahlermessen könnte sich daraus ergeben, dass sich ein Anspruch auf eine exakt hinsichtlich der Modalitäten der Hilfe bis ins letzte Detail bestimmte Hilfe nicht bereits durch den Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII konkretisieren lässt. Dieser Gedanke folgt aus dem in § 5 sowie § 36 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII verankerte Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten. Indem das Wahlrecht der Anspruchsberechtigten hinsichtlich des Leistungserbringers sowie das Recht auf die Berücksichtigung von Wünschen hinsichtlich der Ausgestaltung der Hilfe Anwendung findet, bestehen notwendigerweise noch mehrere Alternativen der Modalitäten der Hilfeebringung, unter denen vom Leistungsberechtigten durch Ausübung seines Wunsch- und Wahlrechts die Hilfe im Einzelfall konkretisiert wird.

Sofern ein ordnungsgemäßes Verfahren nach § 36 SGB VIII durchgeführt und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten ausgeübt worden ist, lassen sich dem Hilfeplan Einzelheiten wie Umfang und Dauer der Hilfe sowie konkreter Leistungserbringer entnehmen. In dem Fall ist die Entscheidung des öffentlichen Jugendhilfeträgers unproblematisch durch die dort getroffenen Festlegungen gebunden. Ein Auswahlermessen ist also nicht gegeben.

¹²²⁰ *Tammen/Trenczek* in *Münder* u.a. FK-SGB VIII 2013 § 27 Rz. 58; *Tammen* in *Münder/Wiesner/Meysen* 2011 Kap. 3.5 Rz. 72.

¹²²¹ *Trenczek*, *JAMt* 2015, 190, 192 f.

¹²²² Aufgrund der Zuordnung der Merkmale der Eignung und Notwendigkeit der Hilfe zur Rechtsfolge so im Ergebnis *Schmid-Obkirchner* in *Wiesner* SGB VIII 2015 § 27 Rz. 55; *Happe/Saubier* in *Jans* u.a. § 27 Rz. 53; *Schmid* 2004, 17 ff.; *Maas*, *NDV* 1993, 465, 469; *ders.*, *RsDE* 25, 1, 7.

Liegt jedoch kein Hilfeplan vor, sei es weil die Hilfe nicht für längere Zeit zu leisten ist oder die Betroffenen ihre Mitwirkung verweigern, und üben sie ihr Wunsch- und Wahlrecht nicht aus, muss das Jugendamt den leistenden Träger bzw. Dienst auswählen und den zeitlichen Umfang sowie Kriterien der Gestaltung der Hilfe entscheiden. Hier könnte es im Hinblick auf den gesetzlich vorgegebenen Weg der Entscheidungsfindung des § 36 SGB VIII als systemwidrig erscheinen, die Entscheidung in vollem Umfang als gebunden zu werten. Hiermit könnten unter Umständen die Leistungsberechtigten das gesetzlich vorgegebene Verfahren des § 36 SGB VIII umgehen, indem sie zunächst die Mitwirkung am Hilfeplanverfahren ablehnen und anschließend im Wege einer Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht die Hilfe in der konkret gewünschten Ausgestaltung durchsetzen. Insofern erscheint in diesem Fall bezüglich der Details der Hilfegewährung ein Ermessen des öffentlichen Jugendhilfeträgers als gerechtfertigt.

Ein Ermessen ergibt sich daraus, dass in dem Fall, in dem die Leistungsberechtigten von ihrem Wunsch- und Wahlrecht keinen Gebrauch machen, die „Lücke“ hinsichtlich der Festlegung von Leistungserbringer bzw. für die Hilfe zu wählender Einrichtung und der Ausgestaltung der Hilfe notwendigerweise vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu schließen ist, damit eine Hilfe überhaupt erbracht werden kann. Aufgrund der Tatsache, dass diesbezüglich durch § 27 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SGB VIII noch keine abschließende Konkretisierung eingetreten ist, da das Wunsch- und Wahlrecht ja gerade verschiedene Alternativen voraussetzt, muss der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hier eine Auswahl treffen. Dies ist nur möglich, wenn ihm an dieser Stelle Auswahlermessen zusteht.

9 Fazit

Mit der Ablösung des JWG durch das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – SGB VIII kam es 1990 zu einem grundlegenden Perspektivenwechsel in der Kinder- und Jugendhilfe. Der Fokus des JWG wie auch bereits des zuvor geltenden RJWG lag auf Eingriffen in Rechte junger Menschen und ihrer Eltern zum Schutz von Kindern und Jugendlichen. Hierunter fielen etwa die Vormundschaft für uneheliche Kinder, der Pflegekinderschutz und die Fürsorgeerziehung. Fördernde Angebote waren den Jugendämtern freigestellt und erlangten keine große Bedeutung. Demgegenüber geht das SGB VIII von einem Verständnis der Kinder- und Jugendhilfe aus, das ihre Aufgaben in erster Linie in der Förderung der Entwicklung junger Menschen und ihrer Integration in die Gesellschaft durch allgemeine Förderungsangebote und Leistungen in unterschiedlichen Lebenssituationen begreift. Ein Kernbereich des Gesetzes liegt in der Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII, die in den Fällen zum Tragen kommt, in denen sich die erzieherische Situation Minderjähriger als unterstützungsbedürftig erweist. Die Ausgestaltung der Hilfe zur Erziehung setzt sich ab von traditionellen Vorstellungen, in denen die erzieherischen Hilfen in die Nähe obrigkeitlicher Eingriffe gerückt wurden. Statt als Eingriffsinstrumentarium zu wirken, soll die Hilfe ein fachlich qualifiziertes Leistungsangebot für Familien und Minderjährige in schwierigen Lebenssituationen darstellen.

Der Untersuchung liegt die Fragestellung zugrunde, ob bzw. inwieweit der Wechsel vom Eingriffsrecht zum Sozialleistungsrecht bei der Hilfe zur Erziehung sowohl aus der Perspektive der Eltern als auch der des Kindes verwirklicht worden ist.

Nach Anlegung aller Auslegungsmethoden ist die Anspruchsgrundlage auf Hilfe zur Erziehung in § 27 Abs. 1 SGB VIII dahin zu deuten, dass der Tatbestand der Norm in dem Vorliegen einer das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen nicht gewährleistenden Erziehungssituation sowie der Eignung und Notwendigkeit von Hilfe zur Erziehung besteht. Die Rechtsfolge liegt in der Gewährung einer solchen Hilfe. Der letzte Satzteil des § 27 Abs. 1 SGB VIII, wonach die Hilfe geeignet und notwendig sein muss, ist nicht der Rechtsfolge zuzuordnen. Zwar ist im Ergebnis der öffentliche Jugendhilfeträger auf der Rechtsfolgenseite verpflichtet, eine geeignete und erforderliche Hilfe zu gewähren. Dieses Erfordernis ergibt sich jedoch aus § 27 Abs. 2 SGB VIII, wonach sich Art und Umfang der Hilfe nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall richten. Dieser Bedarf wird bereits auf Tatbestandsseite durch die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit konkretisiert.

Anspruchsinhaber des Rechts auf Hilfe zur Erziehung sind ausschließlich die Personensorgeberechtigten, nicht jedoch die Minderjährigen selbst. Diese Entscheidung des Gesetzgebers folgt nicht aus zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben. Sie steht zudem im Widerspruch zu der Stellung des Kindes als Träger von Rechten auf der Grundlage der UN-Kinderrechtskonvention und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie der an anderen Stellen des SGB VIII vorgenommenen Stärkung der Rechtsposition der Minderjährigen.

Als Personensorgeberechtigte sind in der Regel beide Eltern des Kindes bzw. Jugendlichen gemeinsam anspruchsberechtigt. Bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung handelt es sich in aller Regel um eine Entscheidung in einer Angelegenheit, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Nur Hilfen mit geringer Intensität, wie etwa eine wenig intensiv angelegte Teilnahme an einer Sozialen Gruppenarbeit für einen eher kurzen Zeitraum oder das Aufsuchen einer Erziehungsberatungsstelle mit wenigen Beratungskontakten, können als Angelegenheit des täglichen Lebens im Sinne des § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB gewertet und somit durch den Elternteil, bei dem sich das Kind bzw. der Jugendliche gewöhnlich aufhält, allein entschieden werden. Die Anwendbarkeit des § 1687 BGB ist auch im Doppelresidenzmodell zu bejahen, in dem das Kind abwechselnd in etwa für gleich lange Zeiträume in den Haushalten beider Elternteile lebt. Hier ist die Entscheidung von Angelegenheiten des täglichen Lebens dem Elternteil zuzuordnen, bei dem sich das Kind jeweils im Rahmen des Modells aufhält.

Anspruchsberechtigt ist auch der Vormund des Minderjährigen als Inhaber der gesamten Personensorge. Ein Pfleger des Kindes oder des Jugendlichen ist nur dann anspruchsberechtigt, wenn ihm entweder die gesamte Personensorge zusteht, oder ausdrücklich das Recht, Hilfe zur Erziehung in Anspruch zu nehmen und am Verfahren teilzunehmen. Erforderlich sind bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung im Falle der Ablehnung der nötigen Hilfe durch die Eltern daher zumeist der Entzug der elterlichen Personensorge oder jedenfalls wesentlicher Teile hiervon und die Übertragung auf einen Pfleger bzw. einen Vormund durch das Familiengericht nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB. Die übrigen in § 1666 Abs. 3 BGB genannten möglichen Maßnahmen des Familiengerichts sind zur Realisierung von Hilfe zur Erziehung nur sehr eingeschränkt geeignet.

Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung kann ausschließlich von den Anspruchsinhabern ausgeübt werden. Eine Geltendmachung des Anspruchs durch den Minderjährigen oder dritte Personen wie etwa die Pflege- oder Betreuungsperson ist nicht möglich.

Anspruchsinhaber der Leistungen der §§ 39, 40 SGB VIII als Annex zum Anspruch auf Hilfe zur Erziehung sind ebenfalls die Personensorgeberechtigten. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich nur hinsichtlich des Barbetrags zur persönlichen Verfügung des Minderjährigen nach § 39 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII, wobei es sich um einen Anspruch des Minderjährigen selbst handelt. Ist für den Minderjährigen nach § 40 Satz 4 SGB VIII eine freiwillige Krankenversicherung abgeschlossen worden, so ist er der Versicherung gegenüber Inhaber der Leistungsansprüche. Auch die Annex-Ansprüche der §§ 39, 40 SGB VIII sind vom jeweiligen Anspruchsinhaber selbst geltend zu machen. Vor Vollendung des 15. Lebensjahrs müssen Minderjährige dabei durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Es ist dabei auch eine Vertretung durch die Pflegeperson nach § 1688 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB möglich.

Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung von Hilfe zur Erziehung ist zunächst eine erzieherische Mangellage bei dem Minderjährigen. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die Personensorgeberechtigten eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleisten, wobei die Gründe unerheblich sind. Maßstab für eine dem Wohl des Minderjährigen entsprechenden Erziehung sind die in § 1 Abs. 1 SGB VIII verankerten Erziehungsziele. Die Frage, ob ein erzieherischer Bedarf gegeben ist, ist im Vergleich des betroffenen Minderjährigen mit der Sozialisationslage sonstiger Minderjähriger derselben Altersgruppe zu beantworten. Weitere Anspruchsvoraussetzungen sind Eignung und Notwendigkeit der Hilfe. Dies beinhaltet zunächst die Aussage, dass Hilfe zur Erziehung generell zur Behebung der bestehenden erzieherischen Mangellage geeignet und auch erforderlich ist. Zudem bestimmen die Begriffe der Eignung und Notwendigkeit die Hilfe im konkreten Einzelfall. Die jeweilige Hilfe muss die Prognose ermöglichen, dass mit ihr der erzieherische Bedarf am besten gedeckt werden kann und muss unter dieser Voraussetzung die geringstmöglichen Einwirkungen in die Familie bewirken. Für den Fall, dass Verwandte bereit sind, das Kind in ihren Haushalt aufzunehmen, gelten keine erhöhten Anforderungen an die Notwendigkeit von Hilfe zur Erziehung.

Die Rechtsfolge des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 Abs. 1 SGB VIII besteht in der Gewährung einer auf Tatbestandsseite durch die Merkmale der Eignung und Notwendigkeit konkretisierten Hilfe. Nach § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII wird die Hilfe insbesondere nach Maßgabe der §§ 28 bis 35 SGB VIII gewährt. In den genannten Normen werden einzelne standardisierte Formen der Hilfe zur Erziehung dargestellt. Es handelt sich dabei um keinen abschließenden Katalog, sondern es ist die Kombination von Hilfen, die Entwicklung neuer Hilfearten oder die Gewährung von Leistungsangeboten aus anderen Abschnitten des SGB VIII möglich.

Die Gewährung der Hilfe setzt keinen Antrag der Personensorgeberechtigten, sondern lediglich deren Zustimmung voraus. Die Selbstbeschaffung von Hilfe zur Erziehung ist nach § 36a SGB VIII nur im Falle eines Systemversagens möglich. § 36 SGB VIII legt die umfangreiche Beteiligung aller Betroffenen, insbesondere der Minderjährigen und ihrer Eltern sowie sonstiger Sorgeberechtigter bei der Konkretisierung und Realisierung der zu leistenden Hilfe fest. Nur im Wege dieses partizipatorischen Entscheidungsprozesses kann erreicht werden, dass die Hilfe auf die Bedarfe und Ziele der Betroffenen ausgerichtet wird und ihre Zustimmung und Mitarbeit findet.

Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 27 Abs. 1 SGB VIII steht dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe kein Beurteilungsspielraum und keine Einschätzungsprärogative zu. Es bestehen zwar in Ansätzen Parallelen zu Fallgruppen, in denen der Exekutive von Rechtsprechung und Lehre letztverbindliche Entscheidungskompetenzen eingeräumt werden. Zu jeder der Fallgruppen liegen jedoch gravierende und im Ergebnis entscheidende Abweichungen vor. Die Auslegung der Begriffe und damit die Entscheidung über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen muss im Hinblick auf das Recht der Betroffenen auf effektiven Rechtsschutz gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar sein.

Auf der Rechtsfolgenseite hat das Jugendamt grundsätzlich kein Auswahlmessen. Die Leistung, auf die ein Anspruch nach § 27 SGB VIII besteht, konkretisiert sich bereits durch die Tatbestandsmerkmale des § 27 Abs. 1 SGB VIII auf eine bestimmte Hilfe. Für den Fall, dass die Leistungsberechtigten von ihrem Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII keinen Gebrauch machen, ist die „Lücke“ hinsichtlich der Festlegung des Leistungserbringers und der Ausgestaltung der Hilfe notwendigerweise vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu schließen, damit eine Hilfe überhaupt erbracht werden kann. Nur in dieser Ausnahmekonstellation kann dem Jugendamt ein enges Auswahlmessen hinsichtlich der Ausgestaltung der Modalitäten der Hilfeerbringung zukommen.

Bezogen auf die Eltern erweist sich die Leistungsorientierung der Hilfe zur Erziehung als stark ausgeprägt. Sie findet notwendigerweise dort ihre Grenzen, wo der Schutz von Minderjährigen nicht ohne Eingriffe in Elternrechte zu realisieren ist. Aufgrund der ausschließlichen Anspruchsinhaberschaft der Personensorgeberechtigten bleibt die Rechtsstellung des Kindes jedoch schwach. Ihm gegenüber äußert sich die Leistungsorientierung der Hilfe zur Erziehung allenfalls mittelbar.

Thesen der Dissertation

1. Der individuelle Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung, die passgenau auf die Bedarfe in der jeweiligen Familie zugeschnitten ist, ist unverzichtbar für die Gewährleistung des Kindeswohls.
2. Bezogen auf die Personensorgeberechtigten als Anspruchsinhaber ist die Leistungsorientierung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes bei der Hilfe zur Erziehung verwirklicht. Dies gilt auch für personensorgeberechtigte Elternteile, die nach einer Trennung nicht mit dem Kind zusammenleben.
3. Da im Fall der Kindeswohlgefährdung die Realisierung der Hilfegewährung zum Schutz des Kindes auch gegen den Willen der Eltern unerlässlich ist, lässt sich der Leistungscharakter der Hilfe zur Erziehung gegenüber den Personensorgeberechtigten nicht weiter verstärken.
4. Die ausschließliche Anspruchsinhaberschaft der Personensorgeberechtigten bewirkt eine schwache Rechtsstellung des Kindes. Ihm gegenüber äußert sich die Leistungsorientierung des Gesetzes an dieser Stelle allenfalls mittelbar. Um den Rechten des Kindes aus der UN-Kinderrechtskonvention und Art. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG Rechnung zu tragen, ist es erforderlich, den Rechtsanspruch aus § 27 Abs. 1 SGB VIII ausschließlich oder neben den Personensorgeberechtigten dem Kind zuzuweisen.
5. Sofern der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung ausschließlich dem Kind zugeordnet wird, muss dieser auch auf Beratung und Unterstützung der Eltern gerichtet sein. Aus der primären Verantwortungszuweisung von Pflege und Erziehung des Kindes an die Eltern in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG folgt, dass das Kindeswohl in erster Linie durch Stärkung der Erziehungskompetenz der Eltern sicherzustellen ist.

6. Es ist mit der Stellung des Kindes als Rechtssubjekt und Träger eigener unveräußerlicher Menschenrechte nicht vereinbar, ihm lediglich einen Anspruch auf Schutz vor einer konkret drohenden erheblichen Schädigung einzuräumen. Das Kind muss einen Anspruch auf Sicherstellung eines positiv bestimmten Standards des Kindeswohls erhalten. Hierzu ist auch die Aufnahme eines speziellen Kindergrundrechts in das Grundgesetz erforderlich, das der spezifischen Lebens- und Entwicklungssituation des Kindes Rechnung trägt.
7. Der mögliche Gegensatz zwischen Eltern- und Kinderrechten lässt sich durch rechtliche Regelungen nicht aufheben. Erforderlich sind die Aufrechterhaltung und der Ausbau rechtlicher Grundlagen, mit denen die Rahmenbedingungen für eine fachlich qualifizierte Arbeit mit den Eltern sichergestellt werden, um sie im Interesse des Kindes für eine Mitwirkung an der Hilfe zu gewinnen.
8. Solange der Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung den Personensorgeberechtigten zusteht, ist jedenfalls die Zuordnung des Anspruchs aus § 39 Abs. 3 und 4 SGB VIII auf begleitende wirtschaftliche Hilfe zum Kind erforderlich. Damit kann verhindert werden, dass bei Vollzeitpflege der Lebensunterhalt des Kindes ganz oder teilweise ungedeckt bleibt, wenn die Personensorgeberechtigten ihren Anspruch nach § 39 SGB VIII gar nicht oder nicht in vollem Umfang geltend machen.
9. Der partizipative Entscheidungsprozess über die im Einzelfall zu erbringende Hilfe nach § 36 SGB VIII und damit die aktive Rolle der Leistungsberechtigten bei der Gestaltung des Hilfeprozesses ist für die Verwirklichung der Leistungsorientierung der Hilfe zur Erziehung unverzichtbar. Nur so kann erreicht werden, dass die Hilfe auf die Bedarfe und Ziele der Betroffenen ausgerichtet wird und ihre Zustimmung und Mitarbeit findet.
10. Effektiver Rechtsschutz der Leistungsberechtigten setzt voraus, dass die Entscheidung des Jugendamts über eine Hilfe in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Anhang

Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit erkläre ich ehrenwörtlich,

- dass mir die geltende Promotionsordnung der Fakultät bekannt ist;
- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass mich folgende Personen bei der Auswahl und Auswertung des Materials sowie bei der Herstellung des Manuskripts unterstützt haben: Marten Dambeck, Dambeck GbR für Presse, Texte und Papier, Wollweberstraße 90, 17098 Friedland, Korrekturlesen;
- dass die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde;
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen;
- dass ich die Dissertation noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung eingereicht habe;
- dass ich weder die gleiche, eine in wesentlichen Teilen ähnliche oder eine andere Abhandlung bei einer anderen Hochschule als Dissertation eingereicht habe.

Des Weiteren erkläre ich mich damit einverstanden, dass die elektronische Version der Dissertation einer Überprüfung der Einhaltung der Grundsätze zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis unterzogen wird.

Bernau, 20. November 2016

Britta Tammen

Danksagung

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit schulde ich vielen Menschen Dank. An erster Stelle möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Eichenhofer für die langjährige wissenschaftliche Unterstützung, die stets hilfreichen sowie konstruktiven Rückmeldungen und fachlichen Anregungen und nicht zuletzt die Geduld und Motivation während der Endphase der Dissertation bedanken. Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Seifert für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Knauer für seine Bereitschaft, als dritter Prüfer zur Verfügung zu stehen.

Darüber hinaus richtet sich mein Dank an die zahlreichen Kolleginnen und Kollegen, mit denen ich im Laufe der Jahre immer wieder anregende Diskussionen zum Thema führen durfte und die mich auch durch praktische Hilfe unterstützt haben. Bedanken möchte ich mich auch für die Unterstützung, die ich im privaten Umfeld erfahren habe.

